

الجزء الحادى عشر من *

كِتَابُ

الْمُبْتَدِئِينَ فِي الْإِسْلَامِ

السَّيِّدِي

١٢٠١١

وكتب ظاهر الرواية أت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الصغير والكبير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المبسوط
ويجمع الست كتابي الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

* تنبيه * قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

* حقوق الطبع محفوظة للملزم *

الحاج محمد فندي سكتي المغربي البوسني

مطبعة السعادة بجوار محافضة مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللقيطة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفخ الاسلام أبو بكر محمد بن أبي الفضل
السرخسي اختلف الناس فيمن وجد لقطعة فالتفلسفة يقولون لا يحل له أن يرفعها لانه أخذ
المال بغير اذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكما لا يحل له أن يتناول مال الغير بغير اذن صاحبه
لا يحل له اثبات اليد عليه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك
أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في
ذلك الموضع ولانه لا يأمن على نفسه أن يطعم فيها بعد ما يرفعها فكان في رفعها معرضاً
نفسه للفتنة والمذهب عند علمائنا رحمهم الله وعامة الفقهاء ان رفعها أفضل من تركها لانه لو
تركها لم يأمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتسبها عن مالها فاذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها
الى مالها ولانه يلتزم الأمانة في رفعها لانه يحفظها ويعرفها والتزام أداء الأمانة يفرض
بمنزلة الثواب لانه يثاب على أداء ما يلتزمه من الأمانة فانه يمثل فيه الأمر قال تعالى ان الله
يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وامثال الأمر سبب لنيل الثواب ثم ما يجده نوعان
(أحدهما) ما يعلم ان مالها لا يطلبه كمشور الرمان والنوى (والثاني) ما يعلم ان مالها لا يطلبه
فالنوع الأول له أن يأخذه وينتفع به إلا أن صاحبه اذا وجده في يده بعد ما جمعه كان له أن
يأخذه منه لان الفاعل ذلك من صاحبه كان اباحة الانتفاع به للواحد ولم يكن تملكاً من غيره
فان التملك من المجهول لا يصح وملك المبيع لا يزول بالاباحة ولكن للمباح له أن ينتفع به
مع بقاء ملك المبيع فاذا وجده في يده فقد وجد عين ملكه قال صلى الله عليه وسلم من وجد
عين ماله فهو أحق به وان وجد ذلك مجتمعا لم يحل له أن ينتفع به لان الظاهر ان المالك
ما ألقاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه فكان هذا من النوع الثاني وروى بشر عن أبي يوسف
رحمهما الله ان من ألقى شاة ميتة له فجاء آخر وجز صوفها كان له أن ينتفع به ولو وجده صاحب

الشاة في يده كان له أن يأخذه منه ولو سلخها ودينج جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل باللقاء والصوف مال متقوم من غير اتصال شيء آخر به فله أن يأخذه مجاناً فأما الجلد لا يصير مالا متقوماً إلا بالدباغ فاذا أراد أن يأخذه كان عليه أن يعطيه ما زاد الدباغ فيه فأما (النوع الثاني) وهو ما يعلم ان صاحبه يطلبه فمن يرفعه فعليه أن يحفظه ويعرفه ليوصله الى صاحبه وبدأ الكتاب به ورواه عن ابراهيم قال في اللقطة يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أنفذ الصدقة وان شاء ضمنه وما ذكر هذا علي سبيل الاحتجاج بقول ابراهيم لان أبا حنيفة رحمه الله كان لا يرى تقليد التابعين وكان يقول هم رجال ونحن رجال ولكن ظهر عنده ان ابراهيم فيما كان يفتي به يعتمد قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما فان فقه أهل الكوفة دار عليهما وكان ابراهيم أعرف الناس بقولهما فما صح عنه فهو كالمقول عنهما فلهذا حشا الكتاب من أقاويل ابراهيم وفي هذا الحديث بيان ان الملتقط ينبغي له أن يعرف اللقطة والتقدير بالحول ليس بعام لازم في كل شيء وانما يعرفها مدة يتوهم ان صاحبها يطلبها وذلك يختلف بقله المال وكثرته حتى قالوا في عشرة دراهم فصاعدا يعرفها حولا لان هذا مال خطير يتعلق القطع بسرقة ويملك به ماله خطر والتعريف لا يلا العذر والحول الكامل لذلك حسن قال القائل

الى الحول ثم اسم السلام عليكما * ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر
وفيما دون العشرة الى ثلاثة يعرفها شهراً وفيما دون ذلك الى الدرهم يعرفها جمعة وفي دون الدرهم يعرف يوماً وفي فلس أو نحوه ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير وشيء من هذا ليس بتقدير لازم لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولكننا نعلم ان التعريف بناء على طلب صاحب اللقطة ولا طريق له الى معرفة مدة طلبه حقيقة فيبني علي غالب رأيه ويعرف القليل الى أن يغلب علي رأيه أن صاحبه لا يطلبه بعد ذلك فاذا لم يحج صاحبها بعد التعريف تصدق بها لانه التزم حفظها علي . السكها وذلك باتصال عينها اليه ان وجده والافبا اتصال ثوابها اليه وطريق ذلك التصديق بها فان جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء ضمنه لانه تصدق بماله بغير اذنه وذلك سبب موجب للضمان عليه وان شاء أنفذ الصدقة فيكون ثوابها له واجازته في الانتهاء بمنزلة اذنه في الابتداء فان قيل كيف يضمها له وقد تصدق بها باذن الشرع قلنا

الشرع أباح له التصديق بها وما ألزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للائم عنه غير مسقط
لحق محترم للغير كالاذن في الرمي الى الصيد والاذن في المشي في الطريق فانه يتقيد بشرط
السلامة وحق صاحب هذا المال مرعي محترم فلا يسقط حقه عن هذا العين بهذا الاذن فله
أن يضمه ان شاء والاذن هنا دون الاذن لمن أصابته نخصة في تناول ملك الغير وذلك غير
مسقط للضمان الواجب لحق صاحب المال وذكر عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى
جارية بسبعمائة درهم أو ثمانمائة درهم فذهب صاحبها فلم يقدر عليه فخرج ابن مسعود رضي
الله عنه بالثمن في صرة فجعل يتصدق بها ويقول لصاحبها فان أبي فلنا وعلينا الثمن فلما فرغ قال
هكذا يصنع باللقطة وفي هذا اللفظ بيان أن الملتقط له أن يتصدق بها بعد التعريف على أن
يكون ثوابها لصاحبها ان أجاز وان أبي فله الضمان على المتصدق وليس مراد ابن مسعود
رضي الله عنه من هذا ان حكم الثمن الواجب عليه حكم اللقطة من كل وجه وكيف يكون
ذلك والثمن دين في ذمته وما تصدق به من الدراهم خالص ملكه فأما عين اللقطة فملوكة
لصاحبها والملتقط أمين فيها فعرفنا ان هذا ليس في معنى اللقطة ولا يقال لعله كان اشتراها
بمال معين لانه صبح من مذهبه ان النقود لا تتعين في العقد ولو تعينت فهي مضمونة على
المشتري فعرفنا انه ليس كاللقطة من كل وجه وانه بالتصدق ما قصد اسقاط الثمن عن نفسه
بل قصد اظهار المجاملة في المعاملة واتصال ثوابها الى صاحبها ان رضي بصنيعه وإلا فالثمن
دين عليه كما كان وعن أبي سعيد مولى أسيد قال وجدت خمسمائة درهم بالحرّة وأنا مكاتب
فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعمل بها وعرفها فعملت بها حتى أدت
مكاتبتي ثم أتيتها فأخبرته بذلك فقال ادفعها الى خزان بيت المال وفي هذا دليل ان للامام
ولاية الاقراض في اللقطة والدفع مضاربة لان قول عمر رضي الله عنه اعمل بها وعرفها إما أن
يكون بطريق المضاربة أو الاقراض مضاربة وقد علمنا انه لم يرد المضاربة حتى لم يتبين
نصيبه من الربح فكان مراده الاقراض منه وفي هذا معنى النظر لصاحب المال لانه يعرض
للهلاك فيهلك من صاحبه قبل الاقراض وبعد الاقراض يصير ديناً في ذمة المستقرض يؤمن
فيه التوى بالهلاك وكذلك بالجحود لانه متأكد بعلم القاضى ولهذا كان للقاضى ولاية الاقراض
في أموال اليتامى وربما يكون معنى النظر في الدفع اليه مضاربة أو الى غيره فذلك كله الى
القاضى لانه نصب ناظراً وفيه دليل على ان الملتقط اذا كان محتاجاً فله أن ينتفع باللقطة بعد

التعريف لان هذا المكاتب كان محتاجاً الى العمل فيها فيؤدي مكاتبته من ربحها فأذن له عمر
رضي الله عنه في ذلك وفيه دليل ان للامام أن يقبض اللقطة من الملتقط ان رأى المصلحة
في ذلك لانه أمره بدفعها الى خزان بيت المال وكأنه إنما أمره بذلك لانه كان سبيلها التصديق
بها بعد التعريف فأمره بدفعها الى من هو في يده بيت مال الصدقة ليضعها موضع الصدقة
وذكري في الأصل عن سويد بن عقلة قال حججت مع سلمان بن ربيعة وزيد بن صوحان وانا
من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم فوجدنا سوطاً فاحتماه القوم وكرهوا
أن يأخذوه وكنيت أحوجهم اليه فأخذته فسألت عن ذلك أبي بن كعب فحدثني بالمائة دينار
التي وجدها على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وجدت مائة دينار فأخبرت النبي صلى
الله عليه وسلم بذلك قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى
فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عرفها سنة أخرى فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته ثم قال
بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاءها واخطها بمالك فان جاء طالبها فادفعها اليه وإلا فانتفع
بها فانها رزق ساقه الله اليك وأما قوله وجدنا سوطاً يحتمل أن يكون ذلك مما يكسر من
السياط ويعلم أن صاحبه ألقاه فتركه القوم لانهم ما كانوا محتاجين اليه وأخذوه سويد لينتفع به
فانه كان محتاجاً اليه فذلك يدل على ان ما ألقاه صاحبه يباح أخذه للانتفاع به لمن شاء
ويحتمل ان هذا كان سوطاً هو مال متقوم يعلم ان صاحبه يطلبه فيكون بمنزلة اللقطة وفي
قوله فاحتماه القوم حجة لمن يقول ترك اللقطة أولى من رفعها ولكننا نقول هذا كان في ذلك
الوقت لان الغلبة كانت لأهل الخير والصالح فاذا تركه واحد يتركه الآخر أيضاً أو يأخذه
ليؤدي الأمانة فأما في زماننا فقد غلب أهل الشر اذا ترك الأمين يأخذ الخائن فيكتم من
صاحبه والحكم يختلف باختلاف أحوال الناس ألا ترى ان النساء كن يخرجن الى الجماعات
في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصديق رضي الله عنه ثم ممن من ذلك في زمن
عمر رضي الله عنه وكان صواباً وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله عنه دليل لما
قلنا ان التقدير بالحوال في التعريف ليس بالازم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا ترى
ان المائة دينار لما كانت مالا عظيماً كيف أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بان يعرفها ثلاث
سنين ثم بظاهر الحديث يستدل الشافعي رضي الله عنه في ان الملتقط أن ينتفع باللقطة بعد
التعريف وان كان غنياً فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جوز ذلك لأبي رضي الله عنه

وهو كان غنيا وقد دل على غناه قوله عليه الصلاة والسلام اخلطها بمالك ولكننا نقول يحتمل
 انه لفقره وحاجته لليون عليه فأذن له في الانتفاع واخلطها بماله ويحتمل انه علم ان ذلك المال
 لحربي لا أمان له وقد سبقت يده اليه فجعله أحق به لهذا واليه أشار رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فانه قال رزق سافه الله اليك ولكن مع هذا أمره بأن يعرف عددها ووكلاءها احتياطاً
 حتى اذا جاء طالب لها محترم تمكن من الخروج مما عليه يدفع مثلها اليه وذكر عن الحسن بن
 صباح قال وجد رجل لقطة أيام الحاج فسأل عنها عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقال عرفها
 في الموسم فان جاء صاحبها وإلا تصدق بها فان جاء صاحبها فخير بين الأجر وبين الثمن يعني
 القيمة فان اختار الثمن فادفع اليه وان اختار الأجر فله الأجر وفي هذا دليل على انه ينبغي
 للمتقسط أن يعرفها في الموضع الذي أصابها فيه وان يعرفها في مجمع الناس ولهذا أمره بالتعريف
 في الموسم وهذا لان المقصود ايصالها الى صاحبها وذلك بالتعريف في مجمع الناس في الموضع
 الذي أصابها حتى يتحدث الناس بذلك بينهم فيصل الخبر الى صاحبها وذكر عن أبي اسحاق
 عن رجل قال وجدت لقطة حين أنقر على بن أبي طالب رضي الله عنه الناس الى صفيين
 فعرفتها تعريفاً ضعيفاً حتى قدمت على علي رضي الله عنه فأخبرته بذلك فغضب يده على
 صدره وفي رواية قال لي انك لعريض القفا خذ مثلها فاذهب حيث وجدتها فان وجدت
 صاحبها فادفعها اليه وإلا فتصدق بها فان جاء صاحبها فخير ان شاء اختار الأجر وان شاء
 ضمنك ومضى قوله فعرفتها تعريفاً ضعيفاً أي عرفتها سرّاً وما أظهرت تعريفها في مجمع الناس
 فكأنه طمع في أن تبقى له وعرف ذلك منه علي رضي الله عنه حين ضرب يده على صدره
 وقال ما قال انك سليم القلب تطمع في مال الغير وهذا من دعاية علي رضي الله عنه وقد كان
 به دعاية كما قال عمر رضي الله عنه حين ذكر علي رضي الله عنه للخلافة أما انه ان ولي هذا
 الأمر حمل الناس على محجة بيضاء لولا دعاية به وفيه دليل ان التعريف سرّاً لا يكفي بل ينبغي
 للمتقسط أن يظهر التعريف كما أمر علي رضي الله عنه الرجل به وانه ينبغي أن يعرفها في الموضع
 الذي وجدها لان صاحبها يطلبها في ذلك الموضع وحكي ان بعض العلماء وجد لقطة وكان
 محتاجاً اليها فقال في نفسه لا بد من تعرفها ولو عرفتها في المصر ربما يظهر صاحبها فخرج من
 المصر حتى انتهى الى رأس بئر فدلى رأسه في البئر وجعل يقول وجدت كذا فن سمعته
 ينشد ذلك فدلوه على وتجنب البئر رجل يرقع شملة وكان صاحب اللقطة فتعلق به حتى

أخذها منه ليعلم أن المقدور كائن لا محالة فلا ينبغي أن يترك ما التزمه شرعاً وهو إظهار التعريف وبعد إظهار التعريف ان جاء صاحبها دفعها اليه لحصول المقصود بالتعريف وان لم يجيء فهو بالخيار ان شاء أمسكها حتى يجيء صاحبها وان شاء تصدق بها لان الحفظ هو العزيمة والتصدق بها بعد التعريف حولا رخصة فيخير بين التمسك بالعزيمة أو الترخص بالرخصة فان تصدق بها ثم جاء صاحبها فهو بالخيار ان شاء أجاز الصدقة ويكون له ثوابها وان شاء اختار الضمان واذا اختار الضمان يخير بين تضمين الملتقط وبين تضمين المسكين لان كل واحد منهما في حقه مكتسب سبب الضمان الملتقط بتملك ماله من غيره بغير إذنه والمسكين يقبضه لنفسه على طريق التملك وأيهما ضمنه لم يرجع على الاخر بشئ أما المسكين فلانه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما يلحقه من الضمان على غيره وأما الملتقط فلانه بالضمان قد ملك وظهر انه تصدق بملك نفسه فله ثوابها ولا رجوع له على المسكين بشئ وان كان الملتقط محتاجاً فله أن يصرفها الى حاجة نفسه بعد التعريف لانه انما يتمكن من التصديق بها على غيره لما فيه من سد خلة المحتاج واتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً فكان له صرفها الى نفسه لهذا المعنى فأما اذا كان غنياً فليس له أن يصرف اللقطة الى نفسه عندنا وقال الشافعي له ذلك على أن يكون ذلك ديناً عليه اذا جاء صاحبها لحديث أبي بن كعب رضي الله عنه كما روينا ولما روى عن علي رضي الله عنه انه وجد ديناراً فاشترى به طعاماً بعد التعريف فأكل من ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى وفاطمة والحسن والحسين رضي الله عنهم أجمعين ولو كان سبيله التصديق ولم يكن للملتقط صرفها الى منفعة نفسه لما أكلوا من ذلك فان الصدقة ما كانت تحل لهم والممنى فيه ان للملتقط أن يصرفها الى نفسه اذا كان محتاجاً بسبب الالتقاط وما ثبت له بسبب الالتقاط يستوي فيه أن يكون غنياً أو فقيراً كالحفظ والتعريف والتصدق به على غيره وهذا لان في الصرف الى نفسه معنى النظر له ولصاحبها أظهر لانه يتوصل الى منفعته بدل يكون ديناً عليه لصاحبها اذا حضر فكان منفعة كل واحد في هذا أظهر وحجتنا في ذلك ما روينا من الآثار الموجبة للتصدق باللقطة بعد التعريف ولأن المقصود اتصال ثوابها الى صاحبها وهذا المقصود لا يحصل بصرفها الى نفسه اذا كان غنياً بل يتبين به انه في الأخذ كان عاملاً لنفسه ولا يحل له شرعاً أخذ اللقطة لنفسه فكما يلزمه أن يتحرز عن هذه النية في الابتداء فكذلك

في الانتهاء يلزمه التحرز عن إظهار هذا وقد بينا تأويل حديث أبي فاما حديث علي رضي
 الله عنه فقد قيل ما وجدته لم يكن لقطعة وانما ألقاها ملك ليأخذها علي رضي الله عنه فقد كانوا لم
 يصيبوا طعاماً أياماً وعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بطريق الوحي فهذا تناولوا منه
 علي ان الصدقة الواجبة كانت لا تحمل لهم وهذا لم يكن من تلك الجملة فهذا استجاز علي رضي
 الله عنه الشراء بها لحاجته واذا وجد الرجل للقطعة وهي دراهم أو دنانير فجاء صاحبها وسمى
 وزنها وعددها ووكاهها فأصاب ذلك كله فان شاء الذي في يده دفعها اليه وان شاء أبي حتى
 يقيم البيئنة عندنا وقال مالك يجبر علي دفعها اليه لانه لما أصاب العلامات فالوهم الذي سبق
 الي وهم كل واحد انه صاحبه والاستحقاق بالظاهر يثبت خصوصاً عند عدم المنازع كما يثبت
 الاستحقاق لذي اليد باعتبار الظاهر يثبت والملتقط غير منازع له لانه لا يدعيها لنفسه ولانه
 يتعذر علي صاحبها إقامة البيئنة فانه ما أشهد أحداً عند سقوطها منه ولو تمكن من ذلك لما سقطت
 منه فسقط اشتراط إقامة البيئنة للتعذر وتقام العلامة مقام ذلك كما يقام شهادة النساء فيما لا يطلع
 عليه الرجال مقام شهادة الرجال ولكننا نقول اصابة العلامة محتمل في نفسه فقد يكون ذلك
 جزافاً وقد يعرف الانسان ذلك من ملك غيره وقد يسمع من مالكه ينشد ذلك ويذكر
 علاماته والمحتمل لا يكون حجة للالزام ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع الي غير المالك ضامناً
 فيكون له أن يتحرز عن اكتساب سبب الضمان بأن لا يدفع اليه حتى يقيم البيئنة فيثبت
 استحقاقه بحجة حكيمية وله أن يتوسع في دفع اليه باعتبار الظاهر فان دفعها اليه أخذ منها كفيلاً
 نظراً منه انفسه فلعله يأتي مستحقها فيضمنها إياه ولا يتمكن من الرجوع علي الأخذ منه لانه
 يخفي شخصه فيحتاج فيها بأخذ الكفيل منه وان صدقه ودفعها اليه ثم أقام آخر البيئنة انها له فله أن
 يضمن الملتقط أما بعد التصديق يوءم بالدفع اليه لان الاقرار حجة في حق المقر لكن الاقرار
 لا يعارض بيئنة الآخر لان البيئنة حجة متعديّة الي الناس كافة فيثبت الاستحقاق بها الذي أقام
 البيئنة ويتبين ان الملتقط دفع ملكه الي غيره بغير أمره فله الخيار ان شاء ضمن القابض بقبضه
 وان شاء ضمن الملتقط بدفعه فان ضمن الملتقط رجع علي المدفوع اليه وان صدقه باصابتها
 العلامة فقد كان ذلك منه اعتماداً علي الظاهر ولا بقاء له بعد الحكم بخلافه والمقر اذا صار مكذباً
 في إقراره يسقط اعتبار إقراره كالمشتري اذا أقر بالملك للبائع ثم استحققه انسان من يده
 رجع علي البائع بالثمن والرواية محفوظة في وكيل المودع اذا جاء الي المودع وقال أنا وكيله

في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع اليه إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف وكيل صاحب الدين لأن المدينون إنما يقضي الدين بملك نفسه وإقراره في ملك نفسه ملزم فأما المودع يقر له بحق القبض في ملك الغير وإقراره في ملك الغير ليس بملزم فعلى هذا قال بعض مشايخنا رحمهم الله في اللقطة كذلك لا يجبر على دفعها اليه وإن صدقه ومنهم من فرق فقال هناك الملك لغير الذي حضر ظاهر في الوديعة وهنا ليس في اللقطة ملك ظاهر لغير الذي حضر فينبغي أن يكون إقرار الملتقط ملزماً بإياه الدفع اليه ثم في الوديعة إذا دفع اليه بعد ما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع فليس له أن يرجع على الوكيل بشئ وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له بأمره وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهنا في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعد ما ثبتت الملك لغيره بالبيينة فكان له أن يرجع عليه بعدما ضمن لهذا يوضحه أن هناك المودع منكر الوكالة والقول فيه قوله مع يمينه فلا حاجة به إلى البيينة وإنما يقضى القاضي على المودع بالضمان باعتبار الأصل وهو عدم الوكالة فلا يصير المودع مكذباً في زعمه حكماً وهنا إنما يقضى بالضمان على الملتقط بحجة البيينة فيصير هو مكذباً في زعمه حكماً فإن كانت اللقطة مما لا يبقى إذا أتى عليه يوم أو يومان عرفها حتى إذا خاف أن تفسد تصدق بها لأن المقصود من التعريف إيصالها إلى صاحبها فتقيد مدة التعريف بالوقت الذي لا يفسد فيه لأن بعد الفساد لا فائدة لصاحبها في إيصالها اليه وقد بينا أن التصديق بها طريق لحفظها على صاحبها من حيث الثواب فيصير إلى ذلك إذا خاف أن تفسد العين وإذا وجد شاة أو بعيراً أو بقرة أو حملاً أو خبسه وعرفه وأنفق عليه ثم جاء صاحبها وأقام البيينة أنه لم يرجع عليه بما أنفق لأنه متبرع في الانفاق على ملك الغير بغير أمره إلا أن يكون أنفق بغير أمر القاضي فأما أمر القاضي بمنزلة أمر صاحبها لما للقاضي على صاحبها من ولاية النظر عند عجزه عن النظر بنفسه والأمر بالانفاق من النظر لأنه لا بقاء للحيوان بدون النفقة عادة فإن رفعها إلى القاضي وأقام البيينة أنه التقطها أمره بأن ينفق عليها على قدر ما يرى وقد بينا طريق قبول هذه البيينة والأمر بالانفاق بعدها في اللقيط ثم إنما يأمر بالانفاق نظراً منه لصاحبها فلا يأمر إلا في مدة يتحقق فيها معنى النظر له من يومين أو ثلاثة لأنه لو أمر بالانفاق في مدة طويلة ربما يأتي ذلك على

قيمتها فلا يكون فيها نظر لصاحبها فأما في المدة اليسيرة تقل النفقة ومعنى النظر لحفظ عين ملكه عليه يحصل فإن لم يجز صاحبها باع الشاة ونحوها لأن في البيع حفظ المالية عليه بالثمن وله ولاية الحفظ عليه بحسب الامكان فاذا تمذر حفظ العين عليه لعوز النفقة صار الى حفظ المال عليه بالبيع وأما الغلام والدابة فتؤاجرهن ونفق عليهن من أجرهن لأن بهذا الطريق يتوصل الى حفظ عين ملكه والمنفعة لا تبقى له بعد مضي المدة فاجارته والانفاق عليه بمحض نظر له فاذا باعها اعطاء القاضى من ذلك الثمن ما أنفق عليه بأمره في اليومين أو الثلاثة لأن الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب للملتقط على صاحبها وهو معلوم للقاضى فيقضى دينه بماله لأن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه كان له أن يأخذه فكذلك القاضى يمينه على ذلك فإن لم يبعها حتى جاء صاحبها وأقام البينة أنها له قضى له بها القاضى وقضى عليه بنفقة الملتقط فإن قال الملتقط لا أدفعها اليك حتى تعطيني النفقة كان له ذلك لأن ملكه في الدابة حتى وبقي تملك النفقة فكانت تلك النفقة متعلقة بمالية الدابة من هذا الوجه فيجبسها كما يجبس البائع المبيع بالثمن ولم يذكر في الكتاب أن الملتقط اذا لم يقيم البينة هل يأمر القاضى بالانفاق أم لا والصحيح أنه ينبغي للقاضى أن يقول له ان كنت صادقاً فقد أمرتك بالانفاق عليه لأن في هذا معنى النظر لهما ولا ضرر فيه على أحد فانه ان كان غاصباً للدابة لم يخرج من ضمانه ولا يستوجب الرجوع بالنفقة على مالكها بالأمر لما قيده بكونه صادقاً فيه واذا التقط الرجل لقطة أو وجد دابة ضالة أو أمة أو عبداً أو صبيّاً حراً أيضاً لا فردّه على أهله لم يكن في شيء من ذلك جمل لأنه متبرع بمنافعه في الرد ووجوب الجمل لرد الباقي حكم ثبت نصاً بخلاف القياس بقول الصحابة رضي الله عنهم فلا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه والفضل ليس في معنى الباقي فلا باق لا يزال يتباعد من المولى حتى يفوته والفضل لا يزال يقرب من صاحبه حتى يحده فلهذا أخذنا فيه بالقياس وان عوضه صاحبه شيئاً فهو حسن لأنه يحسن اليه في احياء ملكه وردّه عليه وهل جزاء الاحسان إلا الاحسان ولأنه منهم عليه وقال صلى الله عليه وسلم من أزالته إليه نعمة فليشكرها وذلك بالتمويض وأدنى درجات الأمر الندب واذا وجد الرجل بعيراً ضالاً أخذه بعرفه ولم يتركه يضيع عندنا وقال مالك رحمه الله تركه أولى للحديث المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لاخيك أو للذئب فلما سئل عن ضالة الابل غضب حتى احمرت وجنتاه وقال مالك

ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر حتى يلقاها ربها وتأويله عندنا انه كان في الابتداء فان الغلبة في ذلك الوقت كان لأهل الصلاح والخير لاتصل اليها يد خائنة اذا تركها واجدها فأما في زماننا لا يأمن واجدها ووصول يد خائنة اليها بعده ففي أخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى من تضييعها كما قررنا في سائر اللقطات واذا باع اللقطة بأمر القاضى لم يكن لصاحبها اذا حضر إلا الثمن كما لو باعها القاضى بنفسه وهذا لان البيع نفذ بولاية شرعية فهو كبيع ينفذ باذن المالك وإن كان باعها بغير أمر القاضى فالبيع باطل لحصوله ممن لا ولاية له على المالك بغير أمر معتبر شرعاً ثم ان حضر صاحبها واللقطة قائمة في يد المشتري يحير بين أن يحيز البيع ويأخذ الثمن وبين أن يبطل البيع ويأخذ عين ماله لان البيع كان موقوفاً على اجازته كما لو كان حاضراً حين باعه غيره بغير أمره فان كان قد هلكت اللقطة في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة لوجود البيع والتسليم منه بغير إذنه وان شاء ضمن المشتري بقبضه ملكه بنفسه بغير رضاه فان ضمن البائع كان الثمن للبائع لانه ملكه بالضمان فينفذ البيع من جهته ولكن يتصدق بما زاد على القيمة من الثمن لانه حصل له بكسب خيىث فان قيل الضمان انما يلزمه بالتسليم والبيع كان سابقاً عليه كيف ينفذ البيع من جهته بأداء الضمان فلنا لا كذلك بل كما رفعه ليعه بغير أمر القاضى صار ضامناً بمنزلة المودع يبيع الوديعة ثم يضمن قيمتها فان البيع ينفذ من جهته بهذا الطريق وهو انه كما رفعها الى البيع صار ضامناً فيستند ملكه الى تلك الحالة فان ضمن المشتري قيمتها رجع بالثمن على البائع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين فيبطل البيع به وليس له أن يحيز البيع بعد هلاك السلعة لان الاجازة في حقه بمنزلة ابتداء التمليك فلا يصح إلا في حالة بقاء المعقود عليه ولو كان المعقود عليه قائماً في يده وقد قبض الملتقط الثمن وقد هلك في يده ثم أجاز البيع نفذ لقيام المعقود عليه وكان الملتقط أميناً في الثمن لان اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء واذا أخذ عبداً فجاء به الى مولاه فقال هذا عبد أبى فقد وجب لى الجعل عليك وقال مولى العبد بل هو الضال أوقال أنا أرسلته فى حاجة لى فالقول قول المولى لان الراد يدعى لنفسه عليه الجعل والمولى ينكر ذلك ولانه يدعى ان ملكه تغيب بالآباق والمولى منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه واذا هلكت اللقطة عند الملتقط فهو على ثلاثة أوجه ان كان حين أخذها قال أخذتها لا ردها على مالكها وأشهد على ذلك شاهدين فلا ضمان

عليه لانه مأذون في أخذها للرد على المالك مندوب الى ذلك شرعاً فكان هذا الأخذ نظير
الأخذ باذن المالك فلا يكون سبباً للضمان وان كان أخذها لنفسه وأقر بذلك فهو ضامن
لها لانه ممنوع من أخذها فكان متعدياً في هذا الأخذ فيكون ضامناً كالغاصب والأصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد أى ضمان ما أخذ والأخذ مطلقاً
من يكون عاملاً لنفسه وان لم يكن أشهد عند الالتقاط ولكنه ادعى انه أخذها للرد ويدعى
صاحبها انه أخذها لنفسه فعلى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله القول قول صاحبها والملتقط
ضامن وعند أبى يوسف رحمه الله القول قول الملتقط مع يمينه لوجهين (أحدهما) ان مطلق
فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً قال صلى الله عليه وسلم لا تظنن بكلمة خرجت من في أخيك
سواً وأنت تجد لها في الخير محملاً والذي يحل له شرعاً الأخذ لرد لا لنفسه فيحمل مطلق فعله
عليه وهذا الدليل الشرعى قائم مقام الاشهاد منه (والثاني) ان صاحبها يدعى عليه سبب
الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو منكر لذلك فالقول قوله كما لو ادعى عليه الغصب وهما
يقولان كل حر عامل لنفسه ما لم يظهر منه ما يدل على انه عامل لغيره ودليل كونه عاملاً
لغيره الاشهاد هنا فاذا تركه كان أخذاً لنفسه باعتبار الظاهر هذا اذا وجدها في موضع يتمكن
من الاشهاد فان لم يكن متمكناً من الاشهاد لعدم من يشهد أو خوفه على أن يأخذ منه
ذلك ظالم فالقول قوله ولا ضمان عليه والثاني أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب موجب
للضمان عليه إلا عند وجود الاذن شرعاً والاذن شرعاً مقيد بشرط الاشهاد عليه والاظهار
فاذا ترك ذلك كان أخذه سبباً للضمان عليه شرعاً فلا يصدق في دعوى المسقط بعد ظهور
سبب الضمان كمن أخذ مال الغير وهلك في يده ثم ادعى ان صاحبه أودعه لم يصدق في ذلك
إلا بحجة وان قال قد التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندي شيء فمن سمعتموه ينشد لقطة
فدلوه على فلما جاء صاحبها قال قد هلكت فهو مصدق على ذلك ولا ضمان عليه لانه أظهرها
بما قال وتبين ان أخذها للرد فكان أميناً فيها ولا يضره أن لا يسمى جنسها ولا صفتها
في التعريف لانه انما امتنع من ذلك لتحقيق الحفظ على المالك كيلا يسمع انسان ذلك منه
فيدعيها لنفسه ويخاصمه الى قاض يرى الاستحقاق لمصيب العلامة فقد بينا ان في هذا
اختلافاً ظاهراً وما يرجع الى تحقيق الحفظ على المالك لا يكون سبباً للضمان عليه وكذلك لو
وجد لقطتين فقال من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه على وان لم يقل عندي لقطتان ثم هلكتا

عنده ثم جاء صاحبهما فلا ضمان عليه فيهما لانه أظهرهما بما ذكر من التعريف فاللقطة إسم جنس يتناول الواحد وما زاد عليه حتى لو قال عندي لقطة برى من الضمان وان كانت عنده عشرة لان الاشهاد بهذا اللفظ يتم منه في حق كل واحد منهما واذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذي وجدها فيه فلا ضمان عليه لصاحبها وان هلكت قبل أن يصل اليها صاحبها أو استهلكها رجل آخر لان أخذها للتعريف لم يكن سبباً لوجوب الضمان عليه وكذلك ردها الى مكانها لانه نسخ لفعله فلا يكون سبباً لوجوب الضمان عليه كرد الوديعة الى مالكها ورد المغصوب الى صاحبه ولانه بمجرد الأخذ لا يصير ملتزماً بالحفظ فقد يأخذها على ظن انها له بان كان سقط منه مثلها فاذا تأملها وعلم انها ليست له ردها الى مكانها وقد يأخذها ليعرف صفتها حتى اذا سمع انساناً يطلبها دله عليها وقد يأخذها ليحفظها على المالك وهو يطمع في أن يتمكن من أداء الأمانة فيها فاذا أحس بنفسه عجزاً أو طمعاً في ذلك ردها الى مكانها فهذا لا يضمن شيئاً وانما الضمان على المستهلك لها وان كان الأول أخذها لنفسه ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن لها ان هلكت وان استهلكها غيره فلصاحبها الخيار يضمن أيهما شاء لان أخذها لنفسه سبب موجب للضمان عليه وبعد ما وجب الضمان لا يبرأ إلا بالرد على المالك كالمغصوب واعادتها الى مكانها ليس برد على المالك فلا يكون مسقطاً للضمان عليه وقيل على قول زفر يبرأ عن الضمان لانه نسخ فعله بما صنع فيسقط عنه حكم ذلك الفعل ونظائر هذه المسئلة ذكرها في اختلاف زفر ويعقوب قال اذا كانت دابة فركبها ثم نزل عنها وتركها في مكانها فعلى قول زفر رحمه الله لا ضمان عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن لها وكذلك لو نزع الخاتم من أصبع نائم ثم أعاده الى أصبعه بعد ما انتبه ثم نام فعند أبي يوسف رحمه الله لا يبرأ عن الضمان وعند زفر يبرأ عن ضمانه ولو أعاده الى أصبعه قبل أن ينتبه من تلك النومة برأ بالاتفاق فزفر رحمه الله سوى بينهما باعتبار انه نسخ فعله حين أعاده على الحال الذي أخذه وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انتبه صاحبه وجب عليه رده في حالة الانتباه فلا يكون نومه بعد ذلك مسقطاً للضمان عليه بخلاف ما اذا رده قبل أن ينتبه وكذلك لو كان ثوباً فلبسه ثم نزع وأعاده الى مكانه فهو على هذا الخلاف هذا اذا لبسه كما يلبس ذلك الثوب عادة فأما اذا كان قميصاً فوضعه على عاتقه ثم أعاده الى مكانه فلا ضمان عليه لان هذا حفظ وليس باستعمال فلا يصير

به ضامناً وكذلك الخاتم ان لبسه في الخنصر فهو استعمال يصير به ضامناً اليد اليمنى واليسرى في ذلك سواء لان بعض الناس يلبسون الخاتم في الخنصر من اليد اليمنى للترزين والاستعمال وان لبسه في أصبع آخر لم يكن ضامناً لان المقصود هنا الحفظ دون الترزين به وذ كر هشام عن محمد رحمه الله ان لبسه على خاتم في خنصره لم يكن ضامناً لان المقصود هو الحفظ دون الترزين به قال هشام رحمه الله فقلت له من السلاطين من يتختم بخاتمين للترزين فقال يكون أحدهما للختم للترزين ثم قال حتى أتأمل في هذا والحاصل ان الرجل اذا كان معروفاً بأنه يلبس خاتمين للترزين فهذا يكون استعمالاً منه وإلا فهو حفظ وكذلك ان كان سيفاً فتقلده به فهذا استعمال وان كان متقلداً سيفاً فكذلك لان المبارز قد يتقلد بسيفين إلا أن يكون متقلداً بسيفين فينشد تقلده بهذه اللقطة يكون حفظاً ولا يكون استعمالاً فلا يصير ضامناً لها قال وكذلك الغاصب اذا رد الدابة الى دار صاحبها لم يبرأ من الضمان حتى يدفعها الى صاحبها بخلاف المستعير فانه ليس بضامن لها فاذا ردها الى دار صاحبها فقد أتى بما هو المعتاد في الرد فلا يكون ضامناً شيئاً فأما الغاصب ضامن لها فاجبته الى رد مسقط للضمان عليه ولا يحصل ذلك ما لم يدفعها الى صاحبها رجل جاء الى دابة مربوطة لرجل فحلها ولم يذهب بها ثم ذهبت الدابة فلا ضمان على الذي حلها وروى عن محمد رحمه الله انه ضامن لها وعلى هذا لو فتح باب القفص فطار الطير أو فتح باب الاصطبل ففرت الدابة وجه قول محمد ان الذي حل الرباط أو فتح الباب في الحقيقة مزيل للمانع موجد شرط الذهاب إلا أن ما هو حلة للتلف هنا وهو فعل الطير والدابة ساقط الاعتبار شرعاً وفي مثله يحال الاتلاف على صاحب الشرط فيصير ضامناً كحافر البئر في الطريق فانه أوجد شرط السقوط بازالة المسكة عن الأرض فأما العلة ثقل الماشي في نفسه ومشيه في ذلك الموضع ولكن لما تعذر اضافة الاتلاف اليه اذا لم يكن عالماً به كان مضافاً الى الحافر حتى يكون ضامناً وكذلك من شق زق انسان فسأل منه مائع كان فيه فهو ضامن وعمله ازالة المانع فقط فأما علة السيلا ن كونه مائماً ولكن لما تعذر اضافة الحكم الى ما هو العلة كان مضافاً الى الشرط وعلى هذا لو قطع جبل فتبدل فسقط فعمل القاطع في ازالة المانع فكان ضامناً لهذا المعنى وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقولان عمله في اتحاد الشرط كما قال محمد رحمه الله وقد طرأ على ذلك الفعل فعل فاعل معتبر حصل به التلف فيسقط اعتبار ذلك الشرط ويحال بالتلف على هذا

الفعل المعتبر قوله بان فعل الدابة هدر قلنا نعم هو غير معتبر في إيجاب الضمان ولكنه معتبر
 في نسخ حكم الفعل به ألا ترى ان من أرسل دابته في الطريق فأصابته في سير إرساله
 مالا أو نفسا كان المرسل ضامنا ولو تيامنت أو تياسرت ثم أصابت شيئا لم يضمن المرسل
 واعتبر فعلها في نسخ حكم فعل المرسل به فكذلك هنا يعتبر فعلها في نسخ حكم فعل الذي
 حلها أو فتح باب الاصطبل به وهو نظير من حفر بئرا في الطريق فجاء حربي لا أمان له وألقى
 فيه غيره لم يضمن الحافر شيئا وفعل الحربي غير معتبر في إيجاب الضمان عليه ثم كان معتبرا في
 نسخ حكم فعل الحافر به وهذا بخلاف مسألة الزق والحبل فانه ما طرأ على فعله ما ينسخه
 حتى اذا كان ما في الزق جامدا ثم ذاب بالشمس فسال لم يضمن الشاق فانه قيل كيف
 يستقيم القول في هذه الفصول بان مملو في اتحاد الشرط والشرط يتأخر عن العلة ولا يسبقها
 قلنا هذا شرط في معنى السبب فان الحكم يوجد عند وجود الشرط وعند وجود السبب
 إلا أن السبب يتقدم والشرط يتأخر فهذا التقدم في معنى السبب ولكونه مزبلا للمانع هو
 شرط كما بينا وعلى هذا لو حل قيد عبد أبى فذهب العبد لم يضمن شيئا لما قلنا قال محمد رحمه
 الله إلا أن يكون العبد مجنونا فحينئذ يضمن لان فعله في الذهاب غير معتبر شرعا فيبقى
 الاتلاف مضافا الى ازالة المانع بحل القيد وقال أيضا لو كان هذا المجنون مقيدا في بيت مطلق
 فحل انسان قيده وفتح آخر الباب فذهب فالضمان على الفاتح لان حل القيد لم يكن ازالة
 للمانع قبل فتح الباب وانما ذلك بالفاتح للباب فهو الضامن وعلى قول الشافعي رضى الله عنه
 في هذه الفصول ان ذهب في فور فتح الباب أو حل الرباط فهو ضامن وان لم يذهب
 في فوره ذلك فلا ضمان عليه لانه لما لم يذهب في فوره فقد علمنا ان الباب لم يكن مانعا له
 وانما ذهب بقصد حدث له وقصد الدابة عنده معتبر واذا ذهب في فوره فقد علمنا ان الباب
 كان مانعا ومن أزال هذا المانع فهو متمدى فيما صنع فيكون ضامنا واذا كانت اللقطة في يد
 مسلم فادعاه رجل ووصفها فأبى الذي في يده أن يدفعها اليه إلا ببينة فأقام شاهدين كافرين
 لم تجز شهادتهما لانها تقوم على المسلم في استحقاق يده عليه وشهادة الكافر ليست بحجة
 على المسلم وان كانت في يد كافر فكذلك في القياس لاني لا أدري لعلها ملك المسلم وشهادة
 الكافر في استحقاق ملك المسلم ليست بحجة ولكن في هذا الاستحسان يقضى له بشهادتهما
 لانها تقوم لاستحقاق اليد على الملتقط والملتقط كافر وشهادة الكافر حجة على الكافر ثم كما

يتوهم انها لمسلم يتوهم أنها لكافر فتقابل الموهومات مع ان الموهوم لا يعارض المعلوم وان كانت في يدي مسلم وكافر لم تجز شهادتهما في القياس على واحد منهما وفي الاستحسان يجوز على الكافر منهما فيقضى له بما في يد الكافر لما قلنا واذا أقر الملتقط بلقطة لرجل وأقام آخر البينة انها له قضيت بها للذي أقام البينة لما قلنا ان البينة حجة في حق الكل والاقرار ليس بحجة في حق الغير والضعيف لا يعارض القوي فان أقر بها لأحدهما أولاً ودفعها اليه بغير حكم فاستهلكها ثم أقام آخر البينة فله أن يضمن ان شاء الدافع وان شاء القابض لانه أثبت ملكه بالحجة وكل واحد منهما متعدي في حقه فان ضمن الدافع لم يرجع على القابض لانه مقر ان القابض أخذ ملك نفسه وانه ليس بضامن شيئاً وإقراره حجة عليه في اسقاط حقه وان ضمن القابض لم يرجع على الدافع أيضاً لانه في القبض كان عاملاً لنفسه وان دفع بقضاء القاضي فله أن يضمن القابض ان شاء لما قلنا وان أراد أن يضمن الدافع فقد قال مرة في آخر هذا الكتاب ليس له أن يضمن الدافع وقال مرة أخرى له أن يضمن الدافع وحيث قال له ان يضمن الدافع فهو قول محمد رحمه الله وما قال ليس له أن يضمن الدافع فهو قول أبي يوسف رحمه الله وأصله مسألة الودیعة اذا قال هذا العين في يدي لفلان أو دعيه فلان لرجل آخر فان دفعه الى المقر له الأول بغير قضاء القاضي ضمن للمقر له بالودیعة بالاتفاق وان دفعه بقضاء القاضي فكذلك عند محمد لانه بإقراره سلط القاضي على القضاء فهو كما لو دل انساناً على سرقة الودیعة وعند أبي يوسف رحمه الله لا ضمان عليه لان بإقراره لم يتلف شيئاً على صاحب الودیعة والدفع كان بقضاء القاضي فلا يكون موجبا للضمان عليه فكذلك هنا الملتقط أمين كالمودع فاذا دفع الى المقر له بقضاء القاضي لم يضمن في قول أبي يوسف شيئاً لمن يقيم البينة وهو ضامن له في قول محمد والله أعلم

كتاب الإباق

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد رحمه الله اعلم بان الإباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ورداءة في الاعراق يظهر العبد عن سيده فرار البصير ماله ضمائر افراده الى مولاه واعادته الى مثواه إحسان وامتنان وانما جزاء الاحسان الا الاحسان فالكاتب لبيان الجزاء المستحق لاراد في الدنيا مع ماله من الاجر في العقبي باغاثه اللهفات ومنع المعتدى

عن العدوان ولهذا بدأ بحديث سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت جالسا عند عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فجاء رجل فقال ان فلانا قدم باباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أجرا فقال عبد الله رضى الله عنه وجعلا إن شاء من كل رأس أربعين درهما. وفي هذا الحديث بيان ان الراد مثاب لان عبد الله بن مسعود رضى الله عنه لم ينكر عليهم اطلاق القول بأنه أصاب أجرا وفيه دليل على انه يستحق الجعل على مولاه وهو استحسان أخذ به علماءنا رحمهم الله. وفي القياس لا جعل له وهو قول الشافعي رضى الله عنه لانه تبرع بمنافعه في رده على مولاه ولو تبرع عليه بيمين من أعيان ماله لم يستوجب عليه عوضا بمقابلته فكذلك اذا تبرع بمنافعه ولان رد الآبق نهى عن المنكر لان الآبق منكر والنهى عن المنكر فرض على كل مسلم فلا يستوجب باقامة الفرض جعلا ولكننا تركنا هذا القياس لاتفاق الصحابة رضى الله عنهم فقد اتفقوا على وجوب الجعل لان ابن مسعود رضى الله عنه قال في مجلسه ما قال وقد اشتهر عنه ذلك لا محالة ولم ينكر عليه أحد من أقرانه وقد عرض قوله عليهم لا محالة والسكوت بعد ذلك عن اظهار الخلاف لا يحل لمن يعتقد خلافه فمن هذا الوجه ثبت الاجماع منهم ثم هم اتفقوا على أصل وجوب الجعل وان اختلفوا في مقداره فقال عمر رضى الله عنه دينار أو اثنا عشر درهما وقال على رضى الله عنه دينار أو عشرة دراهم وقال عمار بن ياسر رضى الله عنه اذا أخذه في المصر فله عشرة دراهم أو دينار وان أخذه في غير المصر فله أربعون درهما فقد اتفقوا على وجود أصل الجعل وكفى باجماعهم حجة والأصل أن الصحابة رضى الله عنهم متى اختلفوا في شئ فالحق لا يعدوهم وليس لأحد أن يترك جميع أقوالهم برأيه ولكن يرجع قول البعض على البعض فنحن أخذنا بقولهم في إيجاب أصل الجعل ورجعنا قول ابن مسعود رضى الله عنه في مقداره **﴿فان قيل﴾** كان ينبغي أن يؤخذ بالآقل في المقدار لانه متيقن به **﴿قلنا﴾** انما لم يؤخذ بالآقل لان التوفيق بين أقوالهم ممكن بأن يحمل قول من أفتى بالآقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من أفتى بالأكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر كما فسر عمار بن ياسر رضى الله عنه فان قوله ان أخذه في المصر كناية عما دون مسيرة سفر وان أخذه خارج المصر كناية عن مسيرة سفر ومتى أمكن التوفيق بين أقوالهم وجب المصير اليه ثم لاخذ بالآقل انما يكون فيما يقولونه بارائهم ونحن نعلم أنهم ما قالوا هذا بالرأى لانه خلاف القياس ولان نصب

المقادير بالرأى لا يكون ولا طريق لما ثبت عنهم من الفتوى الا الرأى أو السماع ممن ينزل
 عليه الوحي فاذا انتفى أحدهما هنا تعين الآخر وصار كأن كل واحد منهم روى ما قاله عن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم والمثبت للزيادة من الأخبار عند التعارض أولى فلهذا أخذنا
 بالأكثر هذا هو النهاية في التمسك بالسنة والأخذ بأقوال الصحابة رضى الله عنهم فقد
 قامت الشريعة بفتواهم الى آخر الدهر وليس لأحد أن يظن بهم إلا أحسن الوجوه ولكنه
 بحر عميق لا يقطعه كل ساج ولا يصيبه كل طالب . وليس في هذا الباب شئ من المعنى
 سوى ما ذكره عن ابراهيم قال كي يرد الناس بمضهم على بعض معناه أن الراد يحتاج الى
 معالجة ومؤنة في رده . ولما يرغب الناس في التزام ذلك خشية في إيجاب الجمل للراد ترغيب
 له في رده واظهار الشكر في الردود عليه لاحسانه اليه الا ان ابراهيم كان يستحب ذلك ولا
 يوجهه على ما روى عنه أنه كان يستحب أن يرضخ للذي يجي بالآبق . ولم نأخذ بقوله في هذا
 وانما نأخذ بقول شريح والشعبي رحمهما الله فقد قال الشعبي رحمه الله للراد دينار اذا أخذه
 خارجاً من المصر وقال شريح رحمه الله له أربعمون درهماً فنأخذ بذلك ويحمل ما نقل عن
 الشعبي على ما اذا رده مما دون مسيرة السفر ويستقيم الاحتجاج بقول شريح رحمه الله
 في هذا ونحوه لان الصحابة رضى الله عنهم قلده القضاء وسوغوا له المزاخمة معهم في
 الفتوى ألا ترى أنه خالف علياً رضى الله عنه في رد شهادة الحسن رضى الله عنه وان مسروقاً
 رحمه الله خالف ابن عباس رضى الله عنهما في موجب النذر بذبح الولد ورجع ابن عباس
 رضى الله عنهما الى قوله فمرفئنا أن من كان بهذه الصفة فقوله كقول الصحابي * ثم الشافعي
 استحسن برأيه في هذه المسئلة من وجه فقال لو كان المولى خاطب قوماً فقال من رد منكم
 عبدى فله كذا فردده أحدكم استوجب ذلك المسمى وهذا شئ ياباه القياس لان العقد مع
 المجهول لا ينقصد وبدون القبول كذلك ولا شك ان الاستحسان الثابت باتفاق الصحابة
 رضى الله عنهم خير من الاستحسان الثابت برأى الشافعي رضى الله عنه ولا حجة له في
 قوله تعالى ولئن جاء به حمل بعير لان ذلك كان خطاباً لغير معين وهو لا يقول به فانه لو
 قال من رده فله كذا ولم يخاطب به قوماً باعيانهم فردده أحدكم لا يستحق شيئاً ثم هذا تعليق
 استحقاق المال بالخطر وهو قار والقمار حرام في شريعتنا ولم يكن حراماً في شريعة من
 قبلنا وان قال ﴿ اعتبر قول المالك لا يثبت أمره بالرد للذين خاطبهم ثم المأمور من جهة الغير

يرجع عليه بما لحقه من المؤنة في ذلك **قلنا** لو كان هذا معتبراً لرجع عليه بما لحق فيه من المؤنة دون المسمى ثم الأمر هنا ثابت أيضاً بدون قوله ألا ترى أن العبد الهارب من مولاه مادام بمراى العين منه ينادي مولاه على أثره خذوه ففرقتنا بهذا أنه أمر لكل من يقدر على أخذه ورده على أن يرده عليه والأمر الثابت دلالة بمنزلة الأمر الثابت إفصاحاً ثم ذكر عن الشعبي في رجل أخذ غلاماً آبقاً فأبق منه قال لا ضمان عليه وذكر بعده عن جرير بن بشير عن أشياخ من قومه قال أخذ مولى للحي آبقاً فأبق منه نحوحي فكتب الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمعه لهم ففعل ذلك ثم كتب اليه فأقبل بالعبد فأبق منه فاخضعوا الى شريح فضمنه إياه ثم اختصموا الى علي رضي الله عنه فقال يحلف العبد الأحمر للعبد الأسود بالله ما أبق منه ولا ضمان عليه وإنما تأخذ بحديث علي رضي الله عنه والشعبي فنقول لا ضمان عليه إذا أخذه للرد على مولاه لانه أخذه باذن مولاه كما بيناه وفي هذا دليل على أن الراد يستوجب الجعل وكان ذلك أمراً ظاهراً حتى لم يخف على مواليهم حين كتب الآخذ الى مولاه أن يأتي أهله فيجتمعه لهم منهم إلا أنه كان من مذهب شريح تضمنين الأجير المشترك فيما يمكن التحرز عنه والمستوجب للجعل بمنزلة الأجير المشترك فلهذا ضمنه وكان من مذهب علي رضي الله عنه أنه لا يضمن الأجير المشترك كما ذكر عنه في كتاب الاجارات في إحدى الروايتين ولكن القول قوله مع يمينه وقوله) يحلف العبد الأحمر يريد به الراد سماً أحمر لقوته وقدرته على أخذ الأبق وسمى الأبق أسود الخبث فعله وهو من دعاية على رضي الله عنه قال وإذا أتى الرجل بعبد آبق فأخذه السلطان فحبسه فجاء رجل وأقام البيعة أنه عبده فانه يستحلف بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفع اليه أولاً نقول ينبغي للراد أن يأتي به السلطان بخلاف ما سبق في اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه ولا يقدر على حفظ الأبق بنفسه عادة فرفعه الى السلطان لهذا ولانه يستوجب التعزير على إبقائه فيرفعه الى السلطان ليعززه ويأخذه السلطان منه ليجبسه وذلك نوع تعزير ثم من يدعيه لا يستحقه بدون البيعة فاذا أقام البيعة فقد أثبت ملكه فيه بالحجة إلا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فيستحلفه على ذلك **فان قيل** كيف يستحلفه وليس هنا خصم يدعي ذلك **قلنا** يستحلفه صيانة لقضاء القاضى والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستحلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشترك أو موهوب له فاذا

حلف دفعه اليه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا وإن أخذ منه كفيلا لم يكن مسيئاً ولكن
 أن لم يأخذ أحب الى هذه رواية أبي حفص وفي رواية أبي سليمان قال أحب الى أن يأخذ منه
 كفيلا وإن لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك . من أصحابنا من قال ما ذكر في رواية أبي حفص
 قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يرى أخذ الكفيل للمجهول كما قال في الجامع الصغير في
 أخذ الكفيل من الوارث هذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وما قاله في رواية أبي
 سليمان رحمه الله قولهما لانهما يجوزان للقاضي أن يحتاط بأخذ الكفيل صيانة لقضاء نفسه
 أو نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه والأصح أن فيه روايتين وما ذكر في رواية أبي سليمان
 أقرب الى الاحتياط فربما يظهر مستحق يقيم البينة على الولادة في ملكه فيكون مقدماً على
 من أقام البينة على الملك المطلق أو يقيم البينة على الملك المطلق فيكون مزاحماً له أو يقيم البينة على
 أنه اشتراه منه فالمستحب أن يأخذ منه كفيلا لهذا ولكنه موهوم لم يقم عليه دليل فكان في
 سعة من أن لا يأخذ منه كفيلا . وما ذكر في رواية أبي حفص أقرب الى القياس لان استحقاقه
 ثابت بما أقام من البينة واستحقاق غيره موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم فلا يستحب للقاضي
 ترك العمل الا بحجة معلومة لا أمر موهوم أرايت لو لم يعطه كفيلا أو لم يجد كفيلا أ كان
 يمتنع القاضي من القضاء به له وقد أقام البينة ولكنه لو أخذ منه كفيلا فهو فيما صنع محتاط
 مجتهد فلا يكون مسيئاً وإن لم يكن للمدعى بينة وأقر العبد أنه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه
 كفيلا . أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر بانه مملوك له ولو ادعى أنه حر كان
 قوله مقبولا فكذلك اذا أقر أنه مملوك له يصح اقراره في حق نفسه لانه لا منازع لهما فيما
 قالوا وخبر المخبر محمول على الصدق ما لم يعارضه مثله ولكن يأخذ منه كفيلا لان الدفع اليه
 بماليس بحجة على القاضي فلا يلزمه ذلك بدون الكفيل بخلاف الاول فالدفع هناك ليس
 بحجة ثابتة في حق القاضي يوضحه أن قول العبد بعد اقراره بالرق في تعيين مالكة غيره
 مقبول ألا ترى انه لو كان في يد رجلين وأقر بالملك لاحدهما لم يصح اقراره وكان بينهما
 فكذلك لا يصح اقراره في استحقاق اليد الثابتة للقاضي بعد ما أقر برقه فلا بد من أن يأخذ منه
 كفيلا بحق نفسه حتى اذا حضر مالكة وأراد أن يضمه يمكن من أخذ الكفيل ليحضره
 فيخلصه من ذلك فأما اذا أقام البينة فقد أثبت استحقاق اليد على القاضي ولا يلحق القاضي
 ضمان في الدفع اليه بحجة البينة فهذا لا يحتاط بأخذ الكفيل وإن لم يكن للعبد طالب فاذا

طال ذلك باعه الامام وأمسك ثمنه حتى يحجى له طالب ويقيم البيعة انه عبده فيدفع اليه الثمن
 لانه مأمور بالنظر وليس من النظر إمساكه بعد طول المدة لانه محتاج الى النفقة وربما يأتي
 ثمنه على نفقته ولانه لا يأمن ان يابق منه فكان حفظ ثمنه أيسر عليه من حفظ عينه وأنفع
 لصاحبه وليس لصاحبه اذا حضر أن يتقضى بيع الامام لانه نفذ بولاية شرعية وينفق عليه
 الامام في مدة حبسه من بيت المال لانه محتاج الى النفقة عاجز عن الكسب اذا كان
 محبوسا ولو أمره الامام بان يخرج فيكتسب فأبقى ثانياً فكان النظر في الاتفاق عليه من بيت
 المال لانه معد للنواب وهذا من جملة النواب ثم يأخذ ذلك من صاحبه ان حضر فرده
 عليه أو من ثمنه ان باعه وقد بينا هذا في نفقة الملتقط بأمر القاضى فكذلك في نفقة الامام
 من بيت المال على الآبق لان قضاءه في ذلك للمسلمين لا لنفسه فان أقام مدعيه شهودا
 نصارى لم تجز شهادتهم لان العبد في يد امام المسلمين واستحقاق يد المسلم لا يكون بشهادة
 النصارى وان أقام بيعة من المسلمين وقد باعه الامام فزعم انه كان قد دبره أو كانت جارية
 فزعم انها كانت أم ولده لم يصدق على فسخ البيع لان البيع نفذ من القاضى بولاية شرعية
 فكان المالك باشر بيعه بنفسه ثم ادعى شيئا من ذلك ولا يصدق على فسخ البيع الا ان
 يكون لها ولد وقد ولدته في ملكه فيدعى انه ولده منها حينئذ يصدق ويثبت النسب ويفسخ
 البيع كما لو كان باشر البيع بنفسه وهذا لان ثبوت نسب ولد حصل العلوق به في ملكه
 بمنزلة البيعة فيما يرجع الى ابطال حق الغير ألا ترى ان المريض اذا أقر لجاريته أنها أم ولده
 وممها ولد يدعى نسبه كان مصدقا في ابطال حق الغرماء والورثة عنها بخلاف ما اذا لم يكن
 معها ولد فهذا مثله واذا وجد الرجل غلاماً أو جارية أبقاً بالغاً أو غير بالغ فرده الى مولاه
 فان كان أخذه من مسيرة ثلاثة أيام أو أكثر فله الجمل أربعون درهما ولا يزداد على ذلك
 وان بعدت المسافة لان تقدير الجمل بأربعين اذا رده من مسيرة سفر ثابت بفتوى ابن
 مسعود رضى الله عنه والزيادة على القدر الثابت شرعاً بالرأى لا تجوز ولان أدنى مدة السفر
 معلوم ولا نهاية لما وراء ذلك والحكم لا يتغير به شرعاً كسائر الاحكام المتعلقة بالسفر وان
 أخذه في المصر أو خارجاً منه ولكن فيما دون مسيرة سفر في القياس لا شئ له لان التقدير
 الثابت بالشرع يمنع أن يكون لما دون المقدر حكم المقدر ولان الجمل انما يستحقه راد الآبق
 وتام الآبق بمسيرة السفر ففيما دونه هو كالأضال ولهذا لا يتعلق شئ من أحكام السفر فيما

دون مسيرة السفر . وفي الاستحسان له الجعل على قدر المكان والعناء لان في مدة السفر وجوب الجعل ليس لعين المدة بل لما يلحق من العناء والتعب في رده وقد وجد بعض ذلك فيستوجب من الجعل بقدره ألا ترى ان المالك لو استأجره بمال معلوم ليرده من مسيرة يوم استحق من المسمى بقدره فكذلك فيما هو ثابت شرعا وان كان أنفق عليه أضعاف مقدار الجعل بغير أمر القاضي فليس له سوى الجعل لانه متبرع فيما أنفق وان مات عنده قبل أن يرده أو أبق منه فان كان أشهد على ذلك حين وجده انه انما أخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان أقر انه أخذه لنفسه فهو ضامن وان ادعى انه أخذه للرد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف وقد بينا هذا في اللقطة فكذلك في الأبق لان المعنى يجمعهما وهذا اذا علم انه كان آبقا فان أنكر المولى أن يكون عبده آبقا فاقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الأخذ وهو أخذه مال الغير بغير إذنه فهو يدعى ما يسقطه وهو الاذن شرعا لكون العبد آبقا ولو ادعى الاذن من المالك له في أخذه وأنكر المالك كان القول قوله فكذلك هنا وعلى هذا لو رده فأنكر المولى أن يكون عبده آبقا فلا جعل له إلا أن يشهد الشهود بانه آبق من مولاه أو ان مولاه أقر بآبائه فيئذ الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيجب له الجعل واذا اعتقه المولى في إبقائه جاز ذلك لان نفوذ هذا التصرف يعتمد الملك دون القدرة على التسليم حتى ينفذ في المرهون والمؤاجر والجنين في البطن والمبيع قبل القبض فكذلك ينفذ في الأبق لان الأبق لا يزال ملكه وانما يعجزه عن التسليم ولهذا لو باعه لم يحجز لان البيع لا يصح إلا فيما هو مقدور التسليم للعاقدة وقد رته على التسليم تنعدم بالأبق ولان في بيعه معنى الفرر لانه لا يعلم بقاءه في الحال حقيقة ولا عوده ليقدر على التسليم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر فالفرر لا يمنع نفوذ العتق والتدبير فلماذا صح منه اذا ظهر أنه كان قائما وقت العتق ولو وهبه لرجل لم يحجز لان الهبة لا تتم إلا بالتسليم وهو غير قادر على تسليمه فان وهبه لابن له صغير في عياله فالهبة جائزة واعلامه بمنزلة القبض لانه باق في يد مولاه حكما فيصير قابضا للصغير باليد الحكمي الذي بقي له وحق القبض فيما يوجب للصغير اليه وسواء كان الصغير في عياله أو لم يكن لان الولاية ثابتة له بالابوة فلا تنعدم بكونه في عيال غيره وانما ذكر قوله في عياله على سبيل العادة لا للشرط وانما قلنا انه في يده حكما لان اليد الحكمي كان له باعتبار ملكه فلا ينعدم

الا باعتراض يد أخرى علي يده وبالأباق لا يوجد ذلك وعلى هذا الطريق لا فرق بين أن
 يكون متردداً في دار الاسلام أو في دار الحرب * ووجه آخر فيه وهو ان اليد الحكمي
 باعتبار تمكنه من الأخذ لانه لو قدر عليه وذلك باق مادام في دار الاسلام بقوة الامام
 والمسلمين وعلى هذا الطريق لو أبق الى دار الحرب ثم وهبه لابنه الصغير لا يجوز كما رواه
 قاضي الحرمين عن أبي حنيفة رحمه الله لان اليد الحكمي ليس بثابت له في دار الحرب واذا
 أبق العبد المأذون ثم اشترى وباع لم يحز وقد صار محجوراً عليه استحساناً وفي القياس لا يصير
 محجوراً عليه وهو قول زفر رحمه الله لان مابه صح اذن المولى وهو قيام ملكه في رقبته
 لا ينعدم بالأباق لان الأباق لا ينافي ابتداء الاذن فلا ينافي البقاء بطريق الاولى . وجه
 الاستحسان ان المولى انما يرضى بتصرفه مادام تحت طاعته ولا يرضى به بعد تمرده وإبائه فاما
 أن يتقيد الاذن المطلق بما قبل الأباق لدلالة العرف أو يصير محجوراً بعد الأباق لدلالة
 الحجر فان المولى لو ظفر به أدبه وحجر عليه ودلالة الحجر كالتصريح بالحجر كما ان دلالة
 الاذن كالتصريح بالأذن ولهذا صح اذن الآبق ابتداء لان الدلالة يسقط اعتبارها عند
 التصريح بخلافها ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي انسان يكون إذناً له في تناول دلالة
 فان قال لا يأكل بطل حكم ذلك الاذن للتصريح بخلافه ثم المولى لو ظفر به أدبه وجبسه
 وحجر عليه فهو وان عجز عن تأديبه فالشرع ينوب عنه في الحجر عليه كالمرتد اللاحق بدار
 الحرب يموت الامام حكماً فيقسم ماله بين ورثته لانه لو قدر عليه قتله فاذا عجز عن ذلك جعله
 الشرع ميتاً حكماً فهذا مثله والحكم في جنابة الآبق والجنابة عليه وفي حدوده كالحكم فيها
 في المصر لان الرق فيه باق بعد الأباق وملك المولى قائم فيه وباعتباره يخاطب بالدفع أو الفداء
 عند قدرته عليه فاذا قامت البينة عليه بالسرقة لم يقطعه الامام حتى يحضر مولاه فاذا حضر
 قطعه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يقطعه ولا ينتظر حضور
 مولاه وكذلك اذا قامت البينة عليه بسائر الاسباب الموجبة للعقوبة من حد أو قصاص فهو
 على هذا الخلاف . وجه قول أبي يوسف رحمه الله ان العبد في الاسباب الموجبة للعقوبة كالحر
 بدليل انه يصح إقراره بها على نفسه ولا يصح إقرار المولى عليه بذلك وفيما كان هو بمنزلة
 الحر لا يشترط حضور المولى للقضاء عليه بالبينة كالطلاق وهذا لان التزام العقوبة باعتبار
 معنى النفسية دون المالية وحق المولى في ملك المالية فبقي هو في النفسية على أصل الحرية

لان العقوبة تثبت عليه بالبيننة تارة وبالاقرار تارة ثم فيما ثبت باقراره لا يشترط
 حضور المولى للاستيفاء فكذلك فيما ثبت بالبيننة بل أولى لان البيننة حجة متعديّة الى
 الناس كافة والاقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصة . وجه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما
 الله ان في اقامة الحد عليه تفويت حق المولى فلا يجوز إلا بمحض منه لان العبد ليس بخصم عنه
 والقضاء على غير خصم حاضر بتفويت حقه لا يجوز ويان هذا أن للمولى حق الطعن في الشهود
 حتى لو كان حاضراً كان طعنه مسموعاً ففي اقامة العقوبة تفويت حق المطعون عليه والدليل
 عليه ان العبد لو كان كافراً ومولاه مسلماً لم تقبل شهادة الكفار عليه بالاسباب الموجبة للعقوبة
 ولو لم يكن للمولى حق في هذه البيننة لكان لا يعتبر دينه في ذلك والعبد ليس بخصم عن
 المولى لانه خصم باعتبار معنى النفسية ولا حق للمولى في ذلك فلا ينتصب خصماً عنه وبه
 فارق الاقرار فانه ليس للمولى حق الطعن في اقراره فلا يكون في اقامة العقوبة عليه بالاقرار
 تفويت حق المولى ولان وجوب العقوبة عليه باعتبار معنى النفسية ولكن في الاستيفاء اتلاف
 مالية المولى والبيننة لا توجب شيئاً بدون القضاء والاستيفاء في العقوبات من تمام القضاء ألا ترى
 ان المعارض بعد القضاء قبل الاستيفاء يجعل كالمقترن بأصل القضاء حتى يمتنع الاستيفاء به
 فاذا كان تمام قضائه متناولاً حق المولى يشترط حضور المولى في ذلك بخلاف الاقرار فانه
 موجب بنفسه قبل قضاء القاضي وولاية الاستيفاء تثبت بتقرر الوجوب فلا يشترط فيه
 حضور المولى واذا أخذ العبد الآبق وحبس في بلد فتقدم مولاه الى قاضي بلده وأقام عليه
 شاهدين وطلب أن يكتب به الى قاضي البلد الذي هو فيه لم يجبه الى ذلك في قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله ولو فعل لم يقض القاضي المكتوب اليه بذلك الكتاب وعلى قول أبي يوسف
 يجيبه الى ذلك بطريق يذكره وهو قول ابن أبي ليلى والحاصل ان كتاب القاضي الى
 القاضي في الديون صحيح بالاتفاق وكذلك في العقار لان اعلامها في الدعوى والشهادة
 تذكر الحدود دون الاشارة الى العين وفي العروض من الدواب والثياب لا يجوز كتاب
 القاضي الى القاضي بالاتفاق لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين للقضاء بشهادتهم وذلك
 ينعدم في كتاب القاضي الى القاضي فأما في العبيد والجواري فلا يجوز كتاب القاضي عند
 أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أيضاً وهو القياس لانه لا بد من اشارة الشهود الى العين ليثبت
 الاستحقاق بشهادتهم ولهذا لو كان حاضراً في البلدة لا يسمع الدعوى والشهادة الا بعد

احضاره فلا يجوز فيه كتاب القاضي الى القاضي كما في سائر العروض ولكن استحسن أبو يوسف في العبيد قال العبد قد يأبى من مولاه وقد يرسله مولاه في حاجة من بلد الى بلد فيمتنع من الرجوع اليه ويتعذر على المولى الجمع بين شهوده وبينه في مجلس القاضي فلم يقبل فيه كتاب القاضي الى القاضي أدى الى اتلاف أموال الناس فكان قبول البيعة بهذه الصفة أرفق بالناس وما كان أرفق بالناس فلا أخذه أولى لان الحرج مدفوع وكان يقول مرة في الجارية أيضاً يقبل كتاب القاضي الى القاضي ثم رجع فقال لا يقبل في الجارية لان باب الفروج مبنى على الاحتياط ولان هذه البلوى تقل في الجوارى فلمولى لا يرسلها من بلد الى بلد عادة والأبى في الجوارى ينذر أيضاً ثم بيان مذهبه أن المدعى يقيم عند القاضي شاهدين على حليته وصفته وانه مملوك له فيكتب له بذلك الى قاضي البلد الذي هو فيه محبوس فاذا ثبت الكتاب عند ذلك القاضي بشهادة الشهود عليه وعلى الختم ووافق حلية العبد وصفته ما في الكتاب دفع اليه من غير أن يقضى له بالملك ويختم في عنقه بالرصاص للاعلام ويأخذ من المدعى كفيلاً ثم يأتي به المدعى الى البلد الذي فيه شهوده ويكتب معه كتاباً الى ذلك القاضي فاذا أتى به الى هذا القاضي أعاد شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه وحقه فاذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب الى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرئ كفيلاً وفي الجوارى على قوله الأول لا يدفعها اليه القاضي المكتوب اليه أولاً ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لانه لو دفعها اليه لا يمتنع من وطئها وان كان أمينا في نفسه لانه يزعم أنها مملوكة ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا هذا استحسان فيه بعض القبح فانه اذا دفع اليه العبد يستخدمه قهراً أو يستغله فيأكل من غلته قبل أن يثبت ملكه فيه بقضاء القاضي وربما يظهر العبد لغيره اذا جاء به الى القاضي الكاتب فالحلية والصفة تشبه ألا ترى ان الرجلين المختلفين قديتفقان في الحلية والصفة أرايت لو كانت جارية حسناء أكان يبعث بهامع رجل لم يثبت له فيها حق هذا قبح فلماذا أخذنا بالقياس فان كان القاضي باع العبد الأبق حين طال حبسه وأخذ ثمنه وهلك العبد عند المشتري ثم ادعاه الرجل وأقام البيعة ان عبداً اسمه كذا وكذا عبده فوافق ذلك صفة العبد الذي باعه القاضي لم يقبل ذلك ولا يدفع اليه الثمن لان شهوده لم يشهدوا على استحقاق ما في يد القاضي من الثمن انما شهدوا على الاسم والحلية والاسم يوافق الاسم والحلية توافق الحلية الا أن يشهدوا ان العبد

الآبق الذي باعه القاضى من هذا الرجل هو عبد هـ هذا فحينئذ يقضى له القاضى بالثمن لانه
 أثبت الملك في ذلك العبد بعينه والبدل انما يملك بملك الاصل وكذلك ان لم يبعه حتى قتل فاقام
 المدعى البينة أن المقتول عبده فانه يقضى له بالقيمة لان القيمة والثمن كل واحد منهما بدل
 عن العبد واستحقاق البدل باستحقاق الاصل * رجل أخذ عبداً بآبقاً فباعه بغير اذن القاضى
 ثم أقام المولى بيينة أنه عبده فانه يسترده من المشتري والبيع باطل لان الآخذ باعه بغير ولاية
 له فان ولاية تنفيذ البيع له في ملك الغير انما تثبت باذن المولى أو باذن القاضى بعد ما تثبت
 الولاية له فاذا باعه بدون اذن القاضى كان البيع باطلاً وان كان العبد هلك عند المشتري
 فلمستحق أن يضمن قيمته أيهما شاء لان البائع متعدي في حقه بالبيع والتسليم والمشتري
 بالقبض لنفسه فاذا ضمن المشتري قيمته رجع على البائع بالثمن لان المبيع لم يسلم من جهته
 واسترداد القيمة منه كاسترداد العين وان ضمن البائع قيمته نفذ البيع من جهته لانه ملكه
 بالضمان فيكون الثمن له ولكنه يتصدق بما فضل من القيمة على الثمن لانه ربح حصل
 لا على ملكه بكسب خبيث * رجل أقام البينة عند قاض من الفضاة بان العبد الذي باعه
 قاضى بلد كذا من فلان فهو عبده وأخذ كتابه الى ذلك القاضى الذي باع الآبق فهذا
 جائز ويدفع ذلك القاضى اليه الثمن اذا ثبت كتاب القاضى عنده بالبينة لان المدعى بهذه
 البينة لا يريد أخذ عين العبد فان بيع القاضى قد نفذ فيه ألا ترى انه لو أقام البينة عنده
 دفع اليه الثمن ولم يمكنه من أخذ العبد فعرفنا ان مقصوده أثبات حق أخذ الثمن لنفسه فهذا
 والبينة التي يقيمها على الدين سواء فهذا يكتب القاضى له بذلك ويقضى المكتوب اليه
 بخلاف ما سبق * فان قيل * الثمن عين في يد ذلك القاضى كالعبد * قلنا * نعم ولكنه معلوم
 بذكر مقداره فلا تقع الحاجة الى الاشارة من الشهود الى عينه للاستحقاق بخلاف العبد .
 واذا وجد الرجل عبداً أو أمة آبقاً وهو يقدر على أخذه فانه يسمعه تركه وأحب الى أن يأخذه
 ليرده على صاحبه ومن العلماء من يقول لا يسمعه تركه لان النهى عن المنكر فرض على كل
 من يقدر عليه ولان حرمة مال المسلم كحرمة نفسه ولو رأى إنساناً يفرق لم يسمعه الا أن
 يخلصه اذا قدر عليه فكذلك اذا رأى ماله يتوى . ولكننا نقول هو يحتاج في رده الى معالجة
 ومؤنة فكان في سعة من أن لا يلتزم ذلك وان كان الأولى أن يلتزمه ولانه في الترك
 يعتمد ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم لا يؤى الضالة الاضال وقال ضالة المؤمن حرق النار

ويظهر الحديث يقول جهال أهل التقشف وحمقى أهل التصوف لا يسمعه أن يأخذه فلا أقل من أن يسمعه الترك لظاهر الحديث (واذا) أخذ عبداً آبقاً فادعاه رجل وأقر له العبد فدفعه إليه بغير أمر القاضى فهلك عنده ثم استحقه آخر بيئته أقامها فله أن يضمن أيهما شاء لكون كل واحد منهما خائناً في حقته فان ضمن الدافع رجع به على القابض لانه أخذ العبد منه لنفسه وقد تبين انه كان غاصباً لا مالكا وللغاصب الأول حق الرجوع على الثاني بما يضمن ولانه لم يسبق اقرار من الدافع للقابض بالملك ولو كان أقر له بذلك فسقط اعتبار اقراره لما صار مكذباً شرعاً فاذا لم يسبق اقراره أولى . وان كان لم يدفع الى الأول حتى شهد شاهدان عنده فدفعه اليه بغير حكم ثم أقام آخر البيئته عند القاضى فانه يقضى به لهذا لان البيئته الأولى أقامها صاحبها في غير مجلس الحكم فلا تكون معارضة للبيئته التي قامت في مجلس الحكم لان وجوب الحكم يختص بيئته تقوم في مجلس القضاء وان أعاد الأول بيئته لم ينفعه أيضاً لان اليد في العبد له وبيئته ذى اليد في الملك المطلق لا تعارض بيئته الخارج وما يكتسبه العبد الا ببق بالبيع والشراء ولا جارة وغير ذلك لمولاه لانه مالك لرقبته بعد اباقة واذا لم يكن المكتسب أهلاً للملك فمولاه يخفه في ملك المكتسب لما كسبه رقبته وان أجره الذي أخذه وأخذ أجرته فهو للذي أجره قال لانه في ضمانه وكأنه أشار بهذا الى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بال ضمان ولانه بمقده صير ما ليس بمال مالا فان المنافع لا تأخذ حكم المالية الا بالعقد عندنا كما بينه في الغصب ومن صير ما ليس بمال من ملك الغير مالا بفعله كان ذلك المال له كمن اتخذ كوزاً من تراب غيره وباعه ولكن يذبحى له أن يتصدق به لانه حصل بكسب خبيث وان دفعه الى المولى مع العبد وقال هذا مال غلة عبدك وقد سلمته لك فهو للمولى لانه أخذ بالا احتياط فيما صنع وتحرز عن اختلاف العلماء فان عند الشافعى رضى الله عنه هذا المال للمولى وعندنا هو للأجير ولا يمتنه من تملك مال نفسه منه طوعاً ثم يحل للمولى أكله استحساناً وفي القياس لا يحل لان حق الفقير أثبت فيه حين وجب التصدق به فلا يملك الاخذ اسقاط حق الفقراء ولكنه استحسن وقال وجوب التصدق به كان خبيث دخل فيه لعدم رضى المولى به فانما يظهر ذلك في حق الآخذ لا في حق المولى بل بالتسليم الى المولى يزول ذلك الخبيث فكان له أن يأكله استحساناً لانه كسب عبده وفي القياس لا يجب الاجر لان المستأجر ضامن للعبد باستعماله والأجر مع الضمان لا يجتمعان ولكنه

استحسن فقال العبد غير محجور عن الاكتساب وتحصيل المنافع ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة والصدقة فاذا سلم من العمل نمحض ذلك العقد منقمة لانه لو لم يسبق العقد لم يجب على المستعمل له شيء فلماذا أنفذنا ذلك العقد بخلاف ما اذا تلف لانه لو نفذ العقد لم يكن للمولى حق تضمين المستأجر فيتضرر به فاذا ثبت نفوذ العقد عند سلامة العبد كان حق قبض الأجر اليه لانه وجب بمقدمه بأخذها في دفعها الى المولى. وابقى المكاتب لا يبطل مكاتبته واذنه بخلاف ابقاء المأذون لان المولى يقدر على أن يحجر على المأذون ولا يستطيع أن يحجر على المكاتب ولان حق المكاتب في نفسه لازم ولهذا لا يملك المولى بيعه بخلاف المأذون * وحقيقة المعنى ان الأبق لا يتحقق من المكاتب فان له أن يخرج في الاكتساب الى حيث يشاء وليس للمولى أن يمنعه من ذلك بخلاف المأذون فان للمولى أن يمنعه من الخروج فاذا خرج بغير اذنه كان فعله اباقا وبهذا الطريق لا جعل لراد المكاتب لانه ليس بأبق بخلاف المأذون ولان الراد انما يستوجب الجعل باحيائه مالية الرقبة برده وذلك لا يوجد في المكاتب فان حق المولى في بدل الكتابة في ذمته خاصة ولم يصرف مشرفا على الهلاك باباقه حتى يكون في الرد احياءه بخلاف العبد لان مالية رقبته حق المولى وقد أشرف على التوى باباقه فيكون الراد محميا له * ويجوز عتق الأبق عن الظهار اذا كان حيا لانه باق على ملك المولى حقيقة فينفذ عنقه فيه على الوجه الذي ينفذ حال كونه في يده * فان قيل * الأبق في حكم المستهلك واعتاق المستهلك حكما عن الظهار لا يجوز كالأعمى * قلنا * المستهلك منه حكما ماليته لا ذاته والكفارة انما تتأدى بتحرير مبتدأ وذلك يرجع الى الذات دون المالية فان الله تعالى قال فتحرير رقبة والرقبة اسم للذات حقيقة والذات المرقوق عرفا وليس في النص تعريض لصفة المالية ولهذا كان قليل القيمة وكثير القيمة في جواز التكفير به سواء بخلاف الأعمى فالمستهلك هناك الذوات حكما لفوات منقمة الجنس منه وبخلاف المدبر وأم الولد فعتقهما ليس بتحرير مبتدأ بل هذا من وجه تمجيل لما استحقاقه مؤجلا ويجوز بيع الأبق ممن أخذه لان امتناع جواز بيعه من غيره لعجزه عن التسليم اليه ولا يوجد ذلك هنا لانه بنفس العقد يصير مسلما الى المشتري لقيام يده فيه فلماذا جاز بيعه منه واذا أبق عبد الرهن فردده رجل في حياة الراهن أو بعد موته فهو رهن على حاله لان ماليته قد أشرفت على التوى بالابق ثم قد حي بالرد فهو كما لو أشرف على الهلاك ثم برئ فيكون

رهناً على حاله والمرتهن أحق به من سائر غرماء الراهن بعد موته والجعل على المرتهن ان
 كان قيمته مثل الدين لان وجوب الجعل للراد باحيائه مالية العبد ومالية حق المرتهن لان
 موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن من المالية ألا ترى انه لو لم يردده حتى
 يتحقق التوى سقط دين المرتهن فمرفنا انه في الرد عمل له فكان الجعل عليه وهو نظير
 تخليصه من الجناية بالفداء وذلك على المرتهن بقدر المضمون منه فكذلك الجعل وهذا
 بخلاف النفقة فانه لا بقاء الملك لا لحياء المالية ألا ترى أن المرتهن اذا امتنع من الاتفاق
 تمكن من رده ويبقى جميع دينه فمرفنا أن النفقة لا بقاء الملك والملك للراهن والجعل لحياء
 المالية فيكون على المرتهن ألا ترى ان المالية لو انتقصت بقرحة خرجت به كان دواء ذلك
 ومعالجته على المرتهن بخلاف النفقة فكذلك جعل الآبق والذي جاء به أن يمسكه حتى
 يأخذ الجعل لانه انما يستوجب الجعل باحياء ماليته فكان لما يستوجب تعلقاً بماليته فيحبس
 به كما يحبس البائع المبيع بثمنه * وان مات العبد في يده بعد ما قضى القاضى بامساكه فلا ضمان
 عليه لانه محق في حبسه ولا جعل له لان وجوب الجعل باعتبار احيائه ماليته ولم يتم ذلك
 حين لم تصل اليه يد مولاه وهو نظير المبيع يتلف في يد البائع فان حقه في الثمن يسقط سواء
 حبسه أو لم يحبسه فهنا يسقط حقه في الجعل بموته في يده سواء حبسه أو لم يحبسه (عبد)
 أبى وذهب معه بمال فجاء به رجل فقال لم أجد معه شيئاً فالقول قوله ولا شيء عليه لان
 وصول يده الى العبد لا يكون دليل وصول المال اليه ما لم يعلم كونه في يد العبد حين أخذه
 والمولى يدعى عليه ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه انه غصبه مالا وأنكره وان اتهمه رب
 المال فله أن يستحلفه على ذلك وهو منكر كما لو ادعى عليه مالو أقر به لزمه فاذا
 أنكر يستحلف لرجاء نكوله حتى يقام ذلك مقام اقراره * ولو ان أمة أبقت من مولاها
 فالتحقت بأرض الحرب ثم أصابها المسلمون فاشتراها رجل منهم فوطئها فولدت له ثم جاء
 مولاها فانه يأخذها وعقرها وقيمة ولدها في قول أبي حنيفة وكذلك لو كان الواطئ اشتراها
 من المشركين وعندهما أم ولد لمن استولدها ولا سبيل لمولاها عليها وهذا بناء على ان الآبق
 الى دار الحرب لا يملكه المشركون بالأخذ في قول أبي حنيفة لانهم لم يحرزوه لكونه في
 يد نفسه وهي يد محترمة فاذا لم يملكها المشتري منهم ولا المسلمون بالاستيلاء أيضاً فن
 اشتراها فوطئها فهو بمنزلة المغرور لانه في الاستيلاء اعتمد ظاهر الشراء وولد المغرور حر

بالقيمة والمستحق أن يأخذ الجارية وعقرها وقيمة ولدها وبه قضى عمر وعلى رضى الله تعالى عنهما وعندهما هم يملكون الابق اليهم بالأخذ فاذا ملكوها ملكها المشتري أيضاً وقد استولدها فكانت أم ولد له ولا حق للمولى في استردادها والجعل واجب في رد المدبر وأم الولد لانهما مملوكان للمولى يستكسبهما بمنزلة القن * فان قيل * فأين ذهب قولكم انه يستوجب الجعل باحياء المالية في أم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة * قلنا * نعم ليس له فيها مالية باعتبار الرقة ولكن له مالية باعتبار كسبها بخلاف المكاتب فانه أحق بمكاسبه فلا يكون راده محيياً للمولى مالية باعتبار الرقة ولا باعتبار الكسب فان مات المولى قبل أن يوصلهما الراد اليه فلا جعل له لانهما عتقا بموته وراد الحر لا يستوجب الجعل وكذلك ان كان على المدبر سعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فردده على الورثة لم يستوجب الجعل لان المستسمى بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين ولا جعل لراد المكاتب أو الحر فأما اذا وصلهما الى المولى فقد تقرر حقه في الجعل فلا يسقط بموت المولى وعتقهما بعد ذلك * وان كان الابق بين رجلين أثلاثاً فالجعل بينهما على قدر أنصباها وجوبه باعتبار احياء ماليتهما والمالية لصاحب الكثير أكثر منها لصاحب القليل وراد الصغير اذا كان آبقاً يستوجب الجعل كراد الكبير غير انه ان جاء به من مسيرة سفر فله أربعون درهما وان جاء به مما دون ذلك يرضخ له على قدر عتائه وعتاؤه في رد الكبير أكثر منه في رد الصغير فالرضخ يكون بحسب ذلك * واذا انتهى الرجل بالعبد الابق الى مولاه فلما نظر اليه أعتقه فالجعل واجب عليه لانه صار قابضاً له باعتاقه ألا ترى ان المشتري اذا أعتق المبيع قبل القبض يصير به قابضاً وكذلك ان باعه مولاه من الذي أتاه به لانه صار قابضاً له لما نفذ تصرفه فيه بالتملك من غيره ولان سلامة الثمن له باعتبار رد هذا الراد فيكون بمنزلة سلامة العين له . وان سلمه الراد الى مولاه فأبق منه ثم جاء به رجل آخر من مسيرة ثلاثة أيام فعلي المولى جعل تام لكل واحد منهما لان السبب وهو احياء المالية بالرد على المولى قد تقرر من كل واحد منهما بكماله وان كان الأول أدخله المصر ثم أبق منه قبل أن ينتهي به الى مولاه فالجعل للآخر ان جاء به من مسيرة ثلاثة أيام ويرضخ له ان كان دون ذلك ولا شيء للأول لان تمام السبب بإيصاله الى المولى والأول ما أوصله الى المولى فانتقض السبب في حقه باباق العبد منه قبل تمامه بإيصاله الى المولى فلا جعل له وأما الثاني فقد

أتم السبب بإيصاله الى المولى فيستوجب الجعل بحسب عمله وان أخذه الأول مع الثاني
 ورداه من مسيرة يوم فلا أول نصف الجعل تاماً ويرضخ للثاني على قدر عنائه لانهما تما
 السبب بإيصاله الى المولى إلا أن الأول قد ضم فعله الثاني الى الفعل الأول وباعتبار هذا
 الضم يكون راداً له من مسيرة سفره فله نصف الجعل تاماً والثاني انما رده من مسيرة يوم
 فيجعل في حقه كأنهما رداه من مسيرة يوم فهذا يستحق الرضخ على قدر عنائه وان رداه
 من مسيرة ثلاث فالجعل بينهما سواء لانهما استويا في سبب الاستحقاق للجعل وهو
 الايصال الى المولى بعد الرد من مسيرة ثلاث فيستويان في استحقاق الجعل . وان كان أحد
 الرادين عبداً محجوراً أو مأذوناً فهو مثل الحر في استحقاق الجعل لان هذا اكتساب للمال
 والعبد غير محجور عن اكتساب المال بطريق هو محض منفعة في حق المولى وان كان
 العبد الأبق لمكاتب أو عبد تاجر فعليهما الجعل للراد لان حقهما في كسبهما بمنزلة حق
 الحر فيما يرجع الى ملك التصرف والراد أحياناً مال العبد بالرد لهما فيستوجب الجعل عليهما
 وكذلك ان كان الأبق لصبي فالجعل في ماله يؤدى عنه أبوه أو وصيه لان منفعة احياء المالمية
 حصلت له (عبد) جنى جناية ثم أبق بفاء به رجل فلمولى مخير بين الدفع والفداء اذا كان قبل
 اباقة فان اختار الفداء فالجعل على مولاه لانه طهره عن الجناية باختياره وتبين ان الراد
 عمل له في احياء ماليته وان اختار دفعه الى أصحاب الجناية فالجعل على أصحاب الجناية لانه
 تبين ان الراد أحياء حقهم فان نفس العبد يستحق لهم بالجناية إلا أن يختار المولى الفداء
 ولهذا لو هلك العبد قبل أن يختار المولى شيئاً بطل حقهم فتبين باختيار الدفع ان الراد أحياء
 حقهم فيستوجب الجعل عليهم وله أن يحبسهم عنهم حتى يستوفي الجعل كما كان له أن يحبسهم
 عن المولى (عبد) أبق الى بعض البلدان فأخذه رجل فاشتراه منه رجل وجاء به فلاجعل له لانه
 انما رده لنفسه فان المشتري قد يكون قاصداً الى تملك المشتري فيكون هو غاصباً في حق المولى
 لا عاملاً له وكذلك ان وهبه أو أوصى له أو ورثه فان أشهد حين اشتراه انه انما يشتره
 ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه إلا بالشراء فله الجعل له لانه بهذا الاشهاد أظهر انه
 يعمل للمولى في الرد ولكنه الطريق الذي يمكنه فيستوجب ولا يرجع على المولى بما أدى
 من الثمن قل ذلك أو كثر لانه متبرع في ذلك كما كان متبرعاً فيما ينفق عليه بغير أمر القاضى
 وكذلك ان كان أبق الى دار الحرب فحق الراد هو والمأخوذ في دار الاسلام سواء وان

أخذ الأبق رجل نجاء به ليرده على مولاه فوجده قد مات قال له الجعل في تركته لان وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته فالرد عليه كالرد على المولى في حياته واذا استوجب الجعل عليه كان ذلك ديناً في تركته كسائر الديون فان كان عليه دين يحيط بماله فالراد أحق بأه ساك العبد حتى يعطى الجعل فان لم يكن له مال غيره بيع العبد ويبدأ بالجعل له من ثمنه ثم يقسم الباقي بين الغرماء لان حق الغرماء في ماليته انما ثبت من جهة الميت وقد كان الراد أحق به من الميت ما لم يستوف الجعل فكذا يكون هو أحق به من غرماء الميت أيضاً فان كان الذي جاء به وارث الميت وقد أخذه وساربه ثلاثة أيام في حياته وأوصله الى المصرفات المولى قبل أن يرد عليه وليس الوارث الراد في عياله فله الجعل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا جعل له لأن استحقاق الجعل انما يكون بالاىصال الى المالك وكذا لو أبق قبل أن يوصله الى المالك فلا جعل له والاىصال هنا لم يوجد قبل الموت وبعد الموت لم يصلح سبباً لوجوب الجعل له لانه شريك فيه ومن عمل في شيء هو فيه شريك لا يستوجب الأجر بالعقد وان شرط ذلك في العقد فهنا أولى أن لا يستوجب * وجه قولهما ان الراد انما يستحق الجعل بعمله في الرد وقد تم ذلك في حياة المورث قبل ان تثبت له الشركة فيه إلا ان اىصاله الى المولى شرط وعند وجوده يستحق الأجر بعمله لا بما هو شرط والشرط يتحقق مع الشركة في المحل وانما الذى لا يتحقق تسليم العمل الى غيره فيما هو شريك فيه وقد صار العمل هنا مسلماً الى المولى باتصاله بملكه وقد وجد الشرط بالرد على ورثته فيستوجب الجعل . يوضحه أنه باحياء المالية يستوجب الجعل وقد تحقق هذا حتى لو كان على الميت دين أو وصى بوصية ينفذ من ذلك فيكون هذا بمنزلة مالورده عليه في حياته ولم يأخذ الجعل منه حتى مات واذا جاء بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوى أربعين درهماً في قول أبي يوسف الأول له الجعل أقل من قيمته بدرهم وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر رحمهما الله له الجعل تماماً * وجه قوله الأول ان وجوب الجعل باعتبار احياء المالية للمولى فلا بد من اعتبار مقدار المالية التى حيت له ثم الراد ما ذون من جهة المولى في اىصال المنفعة اليه لا في إلحاق الضرر به وايحاب المال لنفسه عليه فاذا كان قيمة العبد درهماً كان في اىحاب الأربعين على المولى ضرر بين فينبغى أن يوجب له من الجعل بقدر ما يظهر فيه منفعة عمله للمولى وذلك أن ينقص من قيمته درهم لان ما دون الدرهم

من الكسور لا يجوز اعتباره شرعا . وجه قوله الآخر أن وجوب الجعل للراد عرف شرعا
بأنفاق الصحابة وقد قدروه بأربعين درهما من غير أن يعرضوا لقيمة العبد وما ثبت من
التقدير شرعا يجب اعتباره وكان عمل الراد هنا في إيجاب جعل مقدر له بمنزلة عقد باشره
مع المولى فكما يستحق هناك جميع المسمى ولا ينظر الى قيمة العبد فكذلك هنا يوضحه ان
مالية رقبته وان كانت دون الأربعين فمالية كسبه الذى يحصل للمولى قد تزيد عليه وقد
بيننا ان ذلك يعتبر لإيجاب الجعل ابتداء فلأن يعتبر لتكميل الجعل كان أولى واذا كان على
العبد دين فجعله على مولاه اذا اراد ذلك بأن يقضى ما على العبد من الدين وان أبى بيع
العبد واستوفى صاحب الجعل جملة وكان ما بقى من الثمن لأصحاب الديون وهذا وما تقدم
مما اذا كان على العبد دين جنائية سواء لان المستحق هناك الدفع بالجنائية وهنا البيع في الدين
واذا أخذ الرجل عبداً أخيه أو أخته أو عبد أبيه أو ابنه أو عبد امرأته أو امرأة أخذت عبد
زوجها فالقياس في جميع ذلك واحد أن يكون له الجعل اذا لم يكن في عياله لان ملك أحدهما
منفصل عن ملك الآخر فيتحقق منه احياء المالية على المالك بالرد فيستوجب الجعل كسائر
الأجانب ولكنه استحسن فقال اذا وجد عبد أبيه وهو في عياله فلا جعل له لان رد الآبق
على أبيه من جملة خدمته وخدمة الأب مستحق على الابن ديناً وان لم تكن مستحقاً عليه
ديناً ولهذا لو استأجر ابنه لخدمته لم يستوجب الأجر سواء كان في عياله أو لم يكن فكذلك
لا يستوجب الجعل برد آبقه وكذلك المرأة مع الزوج لان كل واحد منهما له بسوطة اليد
في مال صاحبه ويعد خيره خير نفسه ولان خدمة الزوج مستحق على المرأة ديناً حتى
لا يستأجرها على ذلك والزوج هو الذى يطلب آبق امرأته عادة . فأما اذا وجد عبد ابنه
فان كان في عياله فلا جعل له لان آبق الرجل انما يطلبه من في عياله عادة ولهذا ينفق
عليهم فلا يستوجب مع ذلك جملاً آخر وان لم يكن الأب في عياله فلا جعل له لان
خدمة الابن غير مستحق على الأب ديناً ولا هو سائغ له شرعا ولهذا لو استأجر أباه
ليخدمه فخذه استوجب الأجر عليه فكذلك يستوجب الجعل وكذلك الاخ له الجعل
اذا لم يكن في عياله أخيه وان كان في عياله فلا جعل له لانه انما يموله وينفق عليه لهذا
ونحوه واذا آبق عبد اليتيم فجاء به الوصى فلا جعل له لانه هو الذى يطلب آبق اليتيم عادة
وهو الذى يمسك عبده فلا يكون له الرد على نفسه وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل

يعوله فجاء به ذلك الرجل فلا جعل له لانه هو الذي يطلبه عادة واذا صالح الذي جاء بالآبق مولاه من الجعل على عشرين درهما جاز لانه يجوز بدون حقه وأحسن اليه بحط بعض ما استوجبه عليه وان صالحه على خمسين درهما وهو لا يعلم ان الجعل أربعون درهما جاز منه أربعون وي طرح الفضل لان حقه مقدر بالآربعين شرعا فالزيادة على ذلك تكون ربا وهو نظير مالو صالح الشريك المعتقد شريكه على أكثر من قيمة نصيبه كان الفضل باطلا لما بيناه. واذا أبت الأمة ولها صبي رضيع فردهما رجل فله جعل واحد لان الباقي من الرضيع لا يتحقق فانما رد آبقا واحداً وهي الأمة وان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعلان ثمانون درهما لان الباقي تحقق منهما فانما أحيا مالية مملوكين بالرد فيستوجب جعلاً كاملاً باعتبار كل واحد منهما. واذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد من إباقه وسلمه الى الموهوب له فله الجعل على الموهوب له لانه أحيا المالية له بالرد والايصال اليه فزوال ملكه بعد ذلك برجع الواهب كزوال ملكه بموت العبد ولو مات لم يبطل حق الراد في الجعل فكذلك اذا رجع فيه الواهب والله سبحانه وتعالى أعلم

❦ كتاب المفقود ❦

❦ قال ❦ الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي إمام المفقود اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالليت باعتبار مآله وأهله في طلبه يجدون وخلفاء أثر مستقره لا يجدون قد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجهد ربما يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد والاسم في اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشيء أي أضلته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين يتحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه ❦ وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث هو اذا مات أحد من أقربائه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال فانه علم حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال معتبر في إبقاء ما كان على ما كان غير معتبر في إثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع من قسمة ماله بين ورثته إبقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير إثبات أمر لم يكن ثابتا له ولان حياته باعتبار الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق وليس بحجة

الاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويندفع به استحقاق ورثته لما به هذا الظاهر ولهذا
 لا تزوج امرأته عندنا وهو مذهب على رضى الله تعالى عنه كما بدأ به الكتاب من قواه
 في امرأة المفقود أنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق وبه كان يأخذ
 ابراهيم كما قال قد سمعنا ان امرأته تتربص أربع سنين وليس ذلك بشئ هي امرأة
 ابتليت فلتصبر وتربص أربع سنين كان يقول به عمر رضى الله تعالى عنه في الابتداء ثم
 رجع الى قول على رضى الله عنه ومالك كان يأخذ بقول عمر رضى الله عنه فيقول الظاهر
 أنه يوقف على خبره بعد هذه المدة أن لو كان حياً والبناء على الظاهر واجب فيما لا يوقف
 على حقيقته خصوصاً اذا وقعت الحاجة الى دفع الضرر عنها وقد مست الحاجة الى دفع
 الضرر عنها لكيلا تبقى معلقة ألا ترى أنه يفرق بين العنين وامرأته بعد مضي سنة لدفع
 الضرر عنها وبين المولى وامرأته بعد أربعة أشهر لدفع الضرر عنها ولكن عذر المفقود أظهر
 من عذر المولى والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص وذلك بأن تجعل الشهور سنين
 فلهذا تربص ولا تأخذ بهذا لان نكاحه حقه وهي حى في ابقاء ملكه وحقه عليه ولو مكنا
 زوجته من ان تزوج كان فيه حكم بالموت ضرورة اذ المرأة لا تحل لزوجين في حالة
 واحدة فيجب قسمة ماله أيضاً وذلك ممتنع ما لم يقم على موته دليل موجب له . والتقدير
 بالمدة في حق المولى والعنين لدفع ظلم التعليق ولا يتحقق معنى الظلم من المفقود فقلنا انها
 امرأة ابتليت فلتصبر ولو شاء الله تعالى لا ابتلاها بأشد من هذا . فاذا لم يظهر خبره فظاهر
 المذهب انه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً فانه يحكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته
 فطريقه في الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع
 أقرانه نادر وبناء الأحكام الشرعية على الظاهر دون النادر * وكان الحسن بن زياد رحمه
 الله يقول اذا تم مائة وعشرون سنة من مولده يحكم بموته وهذا يرجع الى قول أهل الطبائع
 والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من هذه المدة لان اجتماع التحسين
 يحصل للطباع الأربع في هذه المدة ولا بد من أن يضاد واحد من ذلك طبعه في هذه المدة
 فيموت ولكن خطأهم في هذا قد تبين للمسلمين بالنصوص الواردة في طول عمر بعض
 من كان قبلنا كنوح صلوات الله وسلامه عليه وغيره فلا يعتمد على هذا القول . وعن أبي
 يوسف رحمه الله قال اذا مضى مائة سنة من مولده يحكم بموته لان الظاهر ان أحداً في زماننا

لا يعيش أكثر من مائة سنة * وحكى انه لما سئل عن معنى هذا قال أئنه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان ابن عشر سنين يدور حول أبويه هكذا وعقد عشر فان كان ابن عشرين سنة فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فان كان ابن ثلاثين سنة يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم امعاؤه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة سنة يتحول من الدنيا الى الآخرة كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى * وهذا يحمل من أبي يوسف على طريق المطابقة إلا أن يكون يعرف الحكم بمثل هذا وهو كما نقل عن أبي يوسف رحمه الله أنه سئل عن بنات العشر من النساء فقال لهو اللاهين فسئل عن بنات العشرين فقال لذة المعانقين فسئل عن بنات الثلاثين فقال تموا وتلين وسئل عن بنات الأربعين فقال ذات مال وبنين فسئل عن بنات الخمسين فقال عجوز في الغابرين وسئل عن بنات الستين فقال لعنة اللاعنين . وكان محمد ابن سلمة يفتي في المفقود بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة سنة وسبع سنين . فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشئ لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا نص فيه . ولكن نقول اذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً لحاله بحال نظائره **﴿وذكر﴾** عن عبدالرحمن بن أبي ليلى رحمه الله قال لقيت المفقود نفسه فحدثني حديثه قال أكلت حريراً في أهلي ثم خرجت فأخذني نفر من الجن فكشفت فيهم ثم بدا لهم في عتي فأعقوني ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا أتعرف النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قد أبان امرأتى بعد أربع سنين وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخبرني عمر رضى الله عنه بين أن يردها علي وبين المهر . وأهل الحديث رحمهم الله يرون في هذا الحديث انه هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن زوجته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته * وفي هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة والجماعة رحمهم الله في ان الجن قد يتسلطون على بنى آدم وأهل الزيف ينكرون ذلك على اختلاف بينهم . فمنهم من يقول المستنكر دخولهم

في الآدمي لان اجتماع الروحين في شخص لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الادمي
 من غير أن يدخلوا فيه . ومنهم من قال هم أجسام لطيفة فلا يتصور أن يحملوا جسما كشيئا
 من موضع الى موضع ولكننا نقول نأخذ بما وردت به الآثار قال النبي صلى الله عليه وسلم ان
 الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وقال صلى الله عليه وسلم انه يدخل في رأس
 الانسان فيكون على قافية رأسه حديث فيه طول وهذا الحديث دليل لنا أيضاً فنتبع
 الآثار ولا نشغل بكيفية ذلك . وكأن عمر رضى الله عنه انما رجع عن قوله في امرأة المفقود
 لما تبين من حال هذا الرجل . وأما تخييره إياه بين أن يردها عليه وبين المهر فهو بناء على
 مذهب عمر رضى الله عنه في المرأة اذا نكحها زوجها فاعتدت وتزوجت ثم أتى الزوج
 الأول حياً انه يخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صرح رجوعه عنه الى قول علي رضى
 الله عنه فانه كان يقول ترد الى زوجها الأول ويفرق بينها وبين الآخر ولها المهر بما استحل
 من فرجها ولا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها من الآخر وبهذا كان يأخذ ابراهيم رحمه
 الله فيقول قول علي رضى الله عنه أحب الي من قول عمر رضى الله عنه وبه نأخذ أيضاً
 لانه تبين انها تزوجت وهي منكوحة ومنكوحة الغير ليست من المحلات بل هي من
 المحرمات في حق سائر الناس كما قال الله تعالى والمحصنات من النساء فكيف يستقيم تركها
 مع الثاني . واذا اختار الأول المهر ولكن يكون النكاح منعقداً بينهما فكيف يستقيم دفع
 المهر الى الأول وهو بدل بضعها فيكون مملوكا لها دون زوجها كالمكحولة اذا وطئت بشبهة
 فمرفنا ان الصحيح انها زوجة الأول ولكن لا يقربها لكونها معتدة لغيره كالمكحولة اذا
 وطئت بالشبهة . وذكر عن عبد الرحمن بن أبي ليلى رحمه الله ان عمر رضى الله عنه رجع عن
 ثلاث قضايا الى قول علي رضى الله عنه عن امرأة أبي كنف والمفقود زوجها والمرأة التي
 تزوجت في عدتها . أما حكم المفقود والمعتدة فقد بينا . وأما حديث أبي كنف فهو ما رواه
 ابراهيم ان أبا كنف طلق امرأته فأعلمها وراجعها قبل انقضاء العدة ولم يعلمها فجاء وقد
 تزوجت فأتى عمر رضى الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان وجدت لها يدخل بها فأت
 أحق بها وان كان قد دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم وقد وضعت القصة على رأسها
 فقال لهم ان لي اليها حاجة تخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الأمير
 بكتاب عمر رضى الله عنه فمرفوا انه جاء بأمر بين وهذا كان مذهب عمر رضى الله عنه

في الابتداء انه اذا راجعها ولم يعلمها لا يثبت حكم الرجعة في حقها ما لم تعلم حتى اذا اعتدت
 وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للأول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي
 رضي الله عنه أن مراجعته إياها صحيح بغير علمها وهي منكوبة سواء دخل بها الثاني أو
 لم يدخل لأن الزوج يستبد بالرجعة كما يستبد بالطلاق فكما يصح إيقاع الطلاق عليها وان لم
 تعلم به فكذلك رجعتها لقوله تعالى وبمولتهن أحق بردهن في ذلك وانما يكون أحق اذا
 كان يستبد به . والرجعة إمساك بالنص كما قال الله تعالى فإمساك بمعروف والمالك ينفرد
 بامساك ملكه من غير أن يحتاج الى علم غيره قال * واذا فقد الرجل فارتفع ورثته الى القاضي
 وأقروا انه فقد وسألوا قسمة ماله فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على موته * لما بينا انه حتى
 في حق نفسه ومال الحى لا يقسم بين ورثته فما لم يثبت موته بالبينة عند القاضي لا يشتغل
 بقسمة ماله * فان قيل * كيف تقبل البينة للقضاء بها على الغائب * قلنا * بأن يجعل من في
 يده المال خصما عنه أو ينصب عنه قيا في هذه الولاية واذا قامت البينة على من ينصبه
 القاضي فيما قضى بموته * فان قيل * كان ينبغي أن يجعله ميتا حكما لا نقطاع خبره فيقسم
 ماله وان لم تقم البينة على موته كالمترد اللاحق بدار الحرب * قلنا * هناك ظهر دليل
 الحكم بموته وهو انه صار حربيا وأهل الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت ولم
 يظهر هنا دليل موجب لموته حقيقة ولا حكما ولان هناك لو ظفر به الامام موته حقيقة بان
 يقتله فاذا عجز عن ذلك بدخوله دار الحرب موته حكما فقسم ماله ولا يتحقق ذلك المعنى
 هنا قال * وتفسير المفقود الرجل يخرج في سفر ولا يعرف موته ولا حياته ولا موضعه
 ولا يأسره العدو ولا يستبين موته ولا قتله * فهذا مفقود لا يقضى القاضي في شئ من أمره
 حتى تقوم البينة أنه مات أو قتل ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا
 الزوجة لان حياته معلوم ولا يستحق أحد من الأغنياء النفقة في مال الحى سوى الزوجة
 لان استحقاق الزوجة بالعقد فلا يختلف باليسار والعسرة أو بكونها محبوسة بحقه وذلك
 موجود في حق المفقود فأما استحقاق من سواها فباعتبار الحاجة وذلك ينعدم بغنى المستحق
 فان كانت له غلة جعل القاضي فيها من يحفظها لانه ناظر لكل من عجز عن النظر لنفسه
 والمفقود عاجز عن النظر لنفسه فينصب القاضي في غلاته من يجمعها ويحفظها عليه وما كان
 يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه لان حفظ عينه عليه متعذر فيصير الى حفظ

ماليته عليه وذلك يكون بالبيع وينفق على زوجته وأولاده الصغار أو الكبار من الاناث أو الزمنى من الذكور من ماله بالمعروف وهذا اذا كان السبب معلوماً عنده لانه لو كان حاضراً قضى بالنفقة لهم عليه بعلمه فان كان غائباً يقضى بذلك لهم فى ماله أيضاً وقيل هذا لا يكون منه قضاء على الغائب على الحقيقة بل يكون تمكيناً للمستحق من أخذ حقه ولو تمكنوا من ذلك كان لهم أن يأخذوه فيعينهم القاضى على ذلك . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان رضى الله عنه خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . وقيل بل هو قضاء منه وللقاضى ولاية القضاء على الغائب بعلمه كما اذا أقر بين يديه ثم غاب . ثم هذا نظر منه للغائب لان ملك النكاح حقه فى زوجته ولا يبقى بدون النفقة فكان له أن ينفق عليها من ماله حفظاً لملكه عليه وكذلك ولده جزء منه فينفق عليه من ماله حفظاً لنسله . وللقاضى ولاية فى ماله فيما يرجع الى الحفظ والنظر وان استوثق منهم بكفيل فحسن وان لم يأخذ منهم كفيلاً فهو مستقيم أيضاً إلا أن الأحوط أن يأخذ الكفيل لجواز أن يكون فارقاً قبل أن يفقد أو كان عجل لها النفقة لمدة فكان تمام النظر فى الاستيثاق بالكفيل وهذا قولهم جميعاً لان هذه كفالة للمفقود وهو معلوم ولكن لا يجب على القاضى أخذ الكفيل من غير خصم يطلب ذلك وليس هنا خصم طالب فلماذا يسمه أن لا يأخذ كفيلاً ولم ينفق من ماله على غير من سمينا من ذى الرحم المحرم لان وجوب النفقة عليه لهم لا يكون إلا بعد قضاء القاضى والقاضى لا يقضى على الغائب ولان ولايته فيما يرجع الى النظر للمفقود وذلك لا يوجد فى حق ذى الرحم المحرم ولا يبيع شيئاً مما لا يخاف عليه الفساد من ماله فى نفقة ولا غيرها لان ولاية البيع للنظر له وحفظ العين فيما يتأتى حفظه نظره فلا يبيع شيئاً من ذلك وهو فى الاتفاق على من سميناهم معين لهم على أخذ حقهم وانما يثبت لهم حق الأخذ اذا ظفروا بجنس حقهم ولا يكون لهم أن يبيعوا عروضاً ولا غيرها فكذلك القاضى لا يبيع شيئاً من ذلك فان لم يكن له مال إلا دار واحتاج زوجته وولده الى النفقة لم يبيع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم لان هذا مما لا يخاف عليه فساد من ملكه فلا يكون بيعه محض الحفظ عليه فلماذا لا يبيعه بخلاف ما يخاف فساد * وهذا بخلاف الوصى فى حق الوارث الكبير الغائب فان له أن يبيع العروض لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حقه

وربما يكون حفظ الثمن للاتصال الى ورثته أيسر من حفظ العين وهنا لا ولاية للقاضي
على المفقود إلا في الحفظ فقط وحفظ عين ملكه عند الامكان أنفع له فلهذا لا يبيع شيئاً
من العروض وقال أبو حنيفة رحمه الله ان كان له أب محتاج فلا بد أن يبيع شيئاً من ماله من
العروض وينفق على نفسه وليس له أن يبيع العقار وهو استحسان وفي القياس له أن يبيع
العروض وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله وذكر الكرخي أن محمداً ذكر قول
أبي حنيفة رحمه الله في الأمالي وقال هو حسن * وجه القياس أنه لا ولاية للأب في مال
ولده الكبير ونفوذ البيع يعتمد الولاية ألا ترى انه لا يبيع عقاره لهذا ولا يبيع عروضه
إذا كان حاضراً والحاضر والغائب في حكم الولاية للأب عليه سواء ألا ترى انه لما ثبت
له ولاية التملك بالاستيلاء لم يفتقر الحال بين حضور الولد وغيبته . ووجه الاستحسان
أن ولاية الأب وان زالت بالبلوغ فقد بقي أثرها حتى يصح منه استيلاء جارية الابن لحاجته
الى ذلك وحاجته الى النفقة لبقاء نفسه حاجته الى الاستيلاء لبقاء نسله ولهذا يملك هناك
بضمان القيمة وينفق على نفسه من ماله بغير ضمان وإذا ثبت بقاء أثر ولايته كان حاله
كحال الوصي في حق الوارث الكبير الغائب وهناك ثبت له حق بيع العروض دون
بيع العقار لان بيع العروض من الحفظ وبيع العقار ليس من الحفظ فان العقارات محصنة
بنفسها ولهذا لا يبيع حال حضوره لان بيعه في هذه الحالة ليس من الحفظ فان الابن حافظ
لماله كما لا يبيع الوصي عروض الولد الكبير الحاضر ولا يبعد زوال ولاية الأب بالبلوغ مع
بقاء أثره كالومات وأوصى الى رجل زالت ولايته بالموث وبقي أثره بقاء الوصي فان كان
للمفقود دنائير أو دراهم أو ذهب أو فضة تبرأ أنفق عليهم من ذلك وكذلك كل ما كان يخاف
عليه الفساد من غلته ومتماعه فان القاضي يبيع ذلك وينفق عليهم منه وان باعته زوجته أو الولد
فبيعها باطل لان البيع من الحفظ وليس من استيفاء النفقة في شيء واليه ما حق استيفاء
النفقة دون الحفظ وأما القاضي فله حق الحفظ في مال المفقود وبيع ما يخاف عليه الفساد من
الحفظ وبعد البيع الثمن من جنس حقه فينفق عليهم منه وكذلك الوديعة تكون له عند الرجل
فانه ينفق منها عليهم اذا كان الرجل مقراً بالوديعة والزوجية أو يكون ذلك معلوماً للقاضي
عندنا . وقال زفر رحمه الله لا ينفق منها عليهم لان اقرار المودع ليس بحجة على الغيب وهو
ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكننا نقول المودع

مقر بأن في يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الاتفاق منه وقرار الانسان فيما في يده
معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار يده فيتعدي القضاء منه الى المفقود. وكذلك الدين يكون
للمفقود على رجل وهو مقر به فهو والوديمة سواء. والكلام في الدين أظهر لان اقرار
المديون يلاقى ملك نفسه فان الديون تقضى بأشغالها لا بأعيانها. والجواب في الفصلين جميعاً
استحسان اذا كان مقرراً بالنسب والمال فان كان جاحداً لاحدهما لم تسمع البينة عليه من
طالب النفقة لانه اذا كان جاحداً للمال فطالب النفقة لا يثبت الملك في المال لنفسه انما
يثبته للمفقود حتى اذا ثبت ذلك ترتب عليه وهو ليس بخصم عن المفقود وان كان منكراً
للزوجة فانما يثبت النكاح على المفقود المودع والمديون ليس بخصم عنه في اثبات النكاح
عليه. وان كانت الزوجة والمالية معلومين للقاضي فعمل القاضي بذلك أقوى من اقرار المودع
والمديون وان أعطاهما المديون بغير أمر القاضي لم يبرأ عن الضمان وكذلك ان أعطاهما
المودع من الوديمة فهو ضامن لانه دفع مال الغير الى الغير بغير اذنه بخلاف ما اذا دفع
بأمر القاضي فان أمر القاضي في حق المفقود معتبر فيما يرجع الى حفظ ملكه وقد بينا أن
الاتفاق على الزوجة والولد من حفظ ملكه وحقه عليه فيكون أمر القاضي فيه كأمر
المفقود وان طلبت زوجته وولده من القاضي ان ينصب وكيلاً يتقاضي دينه ويجمع غلاته
ويؤجر رقيقه فعلى القاضي ذلك نظراً منه للحاضر والغائب جميعاً. والغائب يحفظ ماله وجمعه
والحاضر بوصوله الى حقه وهى النفقة وكان للوكيل أن يتقاضي ويقبض ويخاصم من
يجحد حقاً من عقد يجرى بينه وبين الوكيل لان ماوجب بعقده فهو أحق بقبضه ألا
ترى انه لو ظهر المفقود كان حق القبض في هذا المال للوكيل الذي باشر سببه فأما كل
دين كان المفقود تولاه أو نصيب من عقار أو عرض في يدى رجل أو حق من الحقوق
فان الوكيل لا يخاصم فيه من جحده لانه ليس بخصم عن المفقود انما هو حافظ لماله فقط
وحفظه يتحقق فيما وصلت يده اليه فأما الخصومة واقامة البينة فيما لم يكن في يده قط ليس
من الحفظ فيكون الوكيل كاجنبي آخر الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك ورآه وانفذ
الخصومة بينهم فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف فيه القضاة يعنى بهذا القضاء على الغائب
بالبينة فانه مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فينفذ قضاء القاضي فيه وكذلك ان مات غريم
من غرمائه وقد أقر له بدينه في وصيته عزلت حق المفقود من ذلك وجعلته على يدى وكيله

لان ذلك من الحفظ . وان لم يكن اوصى به وعليه ديون لغيره لم يكن لورثة المفقود ووكيله
 في ذلك خصومة الا أن يراه القاضي فيقضي به حينئذ ينفذ قضاؤه لكونه مجتهدا فيه
 * فان قيل * المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على امضاء قاض آخر كما لو كان
 القاضي محدودا في قذف * قلنا * لا كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البيئة هل
 تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما
 لو قضى بشهادة المحدود في قذف * وان ادعى إنسان على المفقود حقا من دين أو وديعة
 أو شركة في عقار أو رقيق أو طلاق أو عتاق أو نكاح أو رد بعيب أو مطالبة باستحقاق لم
 يلتفت الى دعواه ولم تقبل منه البيئة ولم يكن هذا الوكيل ولا أحد من ورثته خصما له . أما
 الوكيل فلا أنه نصب للحفظ فقط وأما الورثة فلا أنهم يخلفونه بعد موته ولم يظهر موته فان
 رأى القاضي سماع البيئة وحكم بذلك نفذ حكمه لما بينا أنه امضى فصلا مختلفا فيه باجتهاده *
 واذا رجع المفقود حيا لم يرجع في شيء مما انفق القاضي أو وكيله بأمره على زوجته وولده من
 ماله وغلته ودينه لان القاضي لما ثبت له ولاية الانفاق كان فعله كفعل المفقود بنفسه
 وكذلك ما أنفقوا هم على أنفسهم من دنائير أو دراهم في وقت حاجتهم الى النفقة لما بينا أنهم
 اذا ظفروا بجنس حقهم وسعهم أخذه بالمعروف فلا يضمنون شيئا من ذلك وكذلك ان كان
 في ماله طعام فأكلوه لان ذلك من جنس حقهم وكذلك ان كان في ماله ثياب فلبسوها
 للكسوة لان ذلك من جنس حقهم فأما ما سوى ذلك من العروض ان باعوا شيئا منه
 كانوا ضامنين له ألا ترى ان القاضي لا يبيع شيئا من ذلك للاتفاق عليهم فكذلك لا يملكون
 بيعه وانما لا يبيع القاضي ما لا يخاف عليه الفساد في النفقة لان في بيع ذلك في النفقة حجرا
 على الغائب وأبو حنيفة لا يرى الحجر عليه وهما وان كانا يريان الحجر علي من لزمه حق فذلك
 عند ظهور تغته وامتناعه وبهذا الطريق يقول لا يقضي القاضي دين المفقود من ماله وكذلك
 مهر امرأته والنفقات المجتمعة عليه قبل أن يفقد لان ذلك لا يرجع الى حفظ مملكته بل فيه
 نوع حجر عليه ولم يذكر في الكتاب أنه اذا لم يكن للمفقود مال وطلبت زوجته من
 القاضي أن يقضي لها بالنفقة على زوجها هل يجيبها الى ذلك وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول
 أولا يجيبها الى ذلك وهو قول ابراهيم النخعي رحمه الله ثم رجع الى قول شريح وقال لا يجيبها
 الى ذلك . فالحجة لقوله الأول حديث هند كما روينا . ووجه قوله الآخر ان نفقة

الزوجة لا تصير ديناً إلا بقضاء القاضي وليس للقاضي أن يوجه القضاء على الغائب فيلزمه
 بقضائه شيئاً من غير خصم عنه وهذا إذا كان النكاح معلوماً له وإن أرادت اثبات النكاح
 بالبينة لم يسمع القاضي بينها عندنا لأن البينة لا تكون حجة إلا على خصم جاحد فما لم يحضر
 هو أو خصم عنه لا يسمع القاضي بينها عليه بالنكاح وعلى قول زفر تسمع البينة ويأمرها بأن
 تستدين وتنفق على نفسها فإذا حضر الزوج كلفها إعادة البينة عليه فإن أعادت قضي على الزوج
 بما انفقت في المدة الماضية وإن لم تعد البينة على الزوج لم يقض عليه بشيء وهذا منه نوع
 احتياط في حق الحاضر والغائب جميعاً (وإذا) أجر المفقود شيئاً قبل أن يفقد لم تنقض الإجارة
 بعدما يصير مفقوداً لأنه حي في ابقاء ما كان علي ما كان ولا يبرأ المستأجر بدفع الأجرة إلى
 زوجته وولده إلا أن يأمره القاضي بذلك كما في سائر الديون (وإذا) فقد الرجل بصفين أو
 بالجل ثم اختصم ورثته في ماله اليوم فإن هذا قدمه ألا ترى أنه لم يبق أحد أدرك ذلك الزمان
 فإذا بلغ المفقود هذه المدة فهو ميت يقسم ماله بين ورثته (والجل) حرب كان بين علي
 وعائشة وطلحة والزبير بالبصرة رضوان الله عليهم أجمعين (وصفين) كان بين علي ومعاوية
 رضي الله عنهما وبين أهل الشام ومن ذلك الوقت إلى وقت تصنيف هذا الكتاب كان
 أكثر من مائة وعشرين سنة والرجل الذي فقد في ذلك الوقت كان ابن عشرين سنة
 أو أكثر لأنه خرج محارباً ولا شك أنه لا يبقى في مثل هذه المدة الطويلة ظاهراً . فإن
 كان له ابن مات زمان خالد بن عبد الله وترك أخاً لأمه وللمفقود عصبه فأنظر إلى
 سن المفقود يوم مات الابن فإن كان مثله يعيش إلى ذلك الوقت لم أورث الابن منه شيئاً
 لبقائه حياً بطريق الظاهر واستصحاب الحال ولم أورثه من أبيه أيضاً لأن بقاء الوارث بعد
 موت المورث شرط لوراثته عنه فإن الوراثة خلافة والحي يخلف الميت فأما الميت فلا يخلف الميت
 وما كان شرطاً فما لم يثبت بدليل موجب له لا يثبت الحكم واستصحاب الحال دليل يبق لا
 موجب فهذا لا يرث المفقود من أبيه ثم يكون ميراث المفقود لعصبته الحى بعد ما يمضي من
 المدة ما لا يعيش مثله إليه وإن كان مثله لا يعيش إلى مثل تلك المدة حين مات ابنه جعلت
 الميراث لابنه لأن حياته بعد موت أبيه معلوم هنا بدليل شرعي فإذا صار مال المفقود
 ميراثاً له كان ذلك موروثاً عن ابنه بعد موته كسائر أمواله لأخيه لأمه منه السدس والباقي
 لعصبته وإن كان مات بعض من يرثه المفقود قبل هذا فنصيبه من الميراث يوقف إلى أن

يتبين حاله لانه غير محكوم بموته ولكنه يشبه الحال بمنزلة الجنين في البطن فيوقف نصيبه فان ظهر حيا كان ذلك مستحقا له وان لم يظهر حاله فذلك مردود الى ورثة صاحب المال على سهامهم بمنزلة الموقوف للجنين اذا انفصل الجنين ميتا وهذا لانه لم يظهر شرط الاستحقاق له فيكون موروثا عن الميت كسائر ورثته يوم مات * واذا فقد المكاتب وله مال وولد ولدوا في المكاتبه وقف ماله حتى يظهر حاله لان ولاية أداء الكتابة من ماله انما تكون بعد موته ليحكم بحريته مستندا الى حال حياته ولم يظهر موته وكذلك استسما أولاده في بدل الكتابة بطريق الخلافه عنه بعدموته ولم يظهر لانه لا يستسمى الولد اذا كان له مال بعد موته حقيقة فكيف يستسمى ولده بعدما يصير مفقودا وله مال . وينفق على ولده الصغار وبناته الذين ولدوا في المكاتبه وعلى امرأته من ماله لان هؤلاء كانوا يستحقون عليه النفقة في كسبه ان لو كان حاضرا فكذلك ينفق عليهم من ماله بعدما يصير مفقودا كولد الحر وزوجته وهذا لان استحقاق النفقة للزوجة بعقد النكاح والحر والمكاتب فيه سواء وأولاده الذين ولدوا في المكاتبه هو أحق بكسبهم فتزومه نفقتهم لان الحر م مقابل بالغنم فان مات ابن له ولد في مكاتبته وترك مالا كان ماله موقوفا لانه ان كان المفقود حيا حين اكتسب هذا الولد فكسبه للمفقود وإن كان ميتا فكسبه لورثته لانه يحكم بحريته اذا أدت كتابة أبيه من ماله مستندا الى حياة أبيه فلجماله المستحق بقى موقوفا وان كان ماله في يد أخيه لم أخرجه من يده ولم أتعرض له لانه لا يدري لمن هذا المال ومالم يظهر مستحق للمال فليس للقاضي أن يتعرض لذي اليد بازالة يده * ولو أقر ولد المكاتب الذين ولدوا في المكاتبه وهم كبار ان أباهم قد مات وماله في أيديهم وأقر المولى بذلك فأدوا الكتابة وقسموا المال ثم اختلفوا وجحد بعضهم بعضا وارتفعوا الى القاضي نفذ القاضي ذلك عليهم لتقدم الاقرار منهم بذلك وقسمتهم عن تراض منهم ولان الذي يجحد بعد ذلك مناقض لكلامه والقاضي لا يلتفت الى قول المناقض وكذلك لو لم يقتسموا حتى ارتفعوا اليه وأقروا به عنده جاز اقرارهم عليه وقسم المال بينهم بعد أداء الكتابة لان الحق لا يمدوهم فالثابت باقرارهم في حقهم كالثابت بالبينة . وكذلك لو أقروا بدين عليه بدأت به قبل الكتابة كالمو ثبت موته بالبينة وهذا لان الدين أقوى من الكتابة حتى اذا عجز نفسه سقطت الكتابة عنه دون الدين وعند اجتماع الحقوق في المال يبدأ بالأقوى فالأقوى عرف ذلك بقضية العقول

وشواهد الأصول. وكذلك الحر اذا أقر ورثته انه قد مات فانه يقضي دينه ويقسم الميراث بينهم اذا كان في أيديهم لان اقرار الانسان فيما في يده معتبر ما لم يظهر له خصم ينازعه فيه وكذلك اذا كان المال في يد غيرهم فصدقههم بذلك. وان جحد موته لم انزعه من يده الا بيينة تقوم على موته لانهم يدعون استحقاق اليد في هذا المال على ذى اليد وقولهم ليس بحجة عليه في استحقاق يده فالم تقم البيينة على موته لا يخرج القاضي المال من يد ذى اليد. ولو أن المولى اعتق المكاتب المفقود ثم مات ابن المكاتب وهو حر وله اخوة احرار لم يقض لهم بشئ من ذلك حتى يعلم موت المكاتب قبله لان المفقود ان كان حيا فقد عتق باعتاق المولى إياه والميراث له دون الاخوة فشرط توريث الاخوة عدم أب هو وارث وبالظاهر لا يثبت هذا الشرط فلماذا لا يقضى لهم بشئ حتى يعلم موت الأب قبله. وكذلك ان كان مكاتب المكاتب عبدا لان اعتاق المولى عبده المفقود كاعتاقه المكاتب المفقود ولا ينفي على ولده الصغار من هذا المال شيئا لانه لا يدري لمن هذا المال فانه كما لم يثبت الاستحقاق فيه للاخوة لم يثبت للأب المفقود لانه لا يرث من غيره ما لم يعلم حياته حقيقة وقت موت مورثه. ولو ادعى مملوك المفقود العتق وأقام بينته على ذلك لم يقبل منه لانعدام خصم حاضر (قال) ولم ادع أولاده يبيعونه لانه قبل هذه البينة ما كان لهم أن يبيعوه فبعدها أولى ومراده بعد ما كانوا يقرون بموته لان اقرارهم ليس بحجة على هذا العبد ولانه ان كان ميتا فالولد خصم في البينة التي أقامها المملوك على العتق. وكذلك لو ادعت امرأته الطلاق أو ادعت امرأة انه تزوجها لم أقبل بينتها على ذلك لانعدام الخصم ولو. أوصى رجل للمفقود بوصية لم أقض بها له ولم أبطلها ولم أتفق على ولده منها لان الوصية اخت الميراث وشرط لاستحقاق الموصى له بقاءه حيا بعد موت الموصى كالميراث وقد بينا أنه يوقف نصيبه من الميراث حتى يتبين حاله ولا ينفي على ولده منه شئ فكذلك الوصية (رجل) مات وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد ابنتين فارتفعوا الى القاضي وأقروا أن الابن مفقود فالقاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا يوقف شيئا منه للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من أيديهما لان القاضي لا يتعرض لخراج المال من يد ذى اليد الا بمحض من الخصم ولا خصم هنا فان اولاد المفقود لا يدعون لانفسهم شيئا ولا يكونون خصما عن المفقود لانه لا يدري ان المفقود حي فيرث أو ميت فلا يرث

فلهذا لا يخرج المال من أيديهما بخلاف مال المفقود الذي يعلم أنه له لأن حق أولاده ثابت
 في ذلك المال باعتبار ملكه فانهم يستحقون النفقة في ملكه واستصحاب الحال معتبر في
 ابقاء ما كان علي ما كان وكذلك ان قالت الابنتان قد مات اخونا وقال ولد الابن هو مفقود
 لأن من في يده المال قد أقر لولد الابن ببعض ذلك المال وهم قد ردوا اقرارهم بقولهم ابونا مفقود
 فيسقط اعتبار ذلك الاقرار. ولو كان مال الميت في يدى ولد الابن المفقود وطلبت الابنتان
 ميراثهما واتفقا أن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف لأننا تيقنا باستحقاق النصف لهما فان
 المفقودان كاحياء الميراث بينهما وبين اخيهما للذكر مثل حظ الانثيين فلهما النصف وان كان ميتا
 فلهما الثلثان والباقي لولد الابن فيدفع اليهما الاقل وهو النصف ويترك الباقي في يد ولد الابن من
 غير ان يقضي به لهما ولا لابييهما لانه لا يدري من المستحق لهذا الباقي. ولو كان المال في يد
 اجنبي فقالت الابنتان مات اخونا قبل ابينا وقال ولد الابن هو مفقود فان أقر الذي في يده
 المال بالميت وبأن الابن مفقود فانه يعطى للابنتين النصف أقل النصيبين لهما والباقي
 موقوف على يده حتى يظهر خصمه ومستحقه بظهور حال المفقود. وان قال الذي في يده المال
 قد مات المفقود قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لأن اقرار ذى اليد في يده
 معتبر وقد أقر بان ثلثي ما في يده للابنتين فيجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع صحة اقراره
 بقول أولاد الابن أبونا مفقود لانهم لا نفسهم بهذا القول لا يدعون شيئا ثم يوقف الثلث
 الباقي على يد ذى اليد حتى يظهر خصمه ومستحقه. ولو جحد الذي في يديه المال أن يكون
 المال للميت فاقامت الابنتان البينة أن اباهم مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود
 فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث معهما ولا يعلم له غير هؤلاء
 فانه يدفع الى الابنتين النصف وهذا لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابييهما في المال والاب
 ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة ثم يدفع اليهما القدر
 المتيقن بانه مستحق لهما وهو النصف والباقي يخرج من يد ذى اليد فيوضع في يد عدل
 حتى يظهر مستحقه لأن ذا اليد قد جحد وظهرت جنايته بجحوده فلا يؤتمن بعد ذلك وان
 كان معروفا بالعدالة لأن العدالة لا تتجزز زمن تناول ما يزعم انه ملك بخلاف ما سبق فذو
 اليد كان هناك مقرا بأن المال للميت وقد انتفت الجناية منه بهذا الاقرار فكان ترك الباقي
 في يده أولى لظهور أمانته بالتجربة. فان ادعى ولد المفقود انه مات بعد شهادة الشهود لم يدفع

اليهم شيئاً حتى تقوم البيئة على موته قبل ابيه لانهم يريدون استحقاق اليد على ذي اليد
ومجرد قولهم لا يكفي لذلك ولان سبب الاستحقاق لهم غير معلوم فان أباهم ان مات قبل
موت الجد فهم يستحقون الثلث ميراثاً من الجد وان مات بعد موت الجد فهم يستحقون
النصف ميراثاً من ابيهم ولا يجوز القضاء لهم بشيء قبل ظهور سبب الاستحقاق فلا بد ان
يقيموا البيئة على موته قبل ابيه أو بعده ولا ينفق عليهم من ذلك المال شيء وان كانوا
محتاجين لانه لا يدري لمن هذا المال ونفقته عند الحاجة في مال ابيهم والملك لا يهبهم في هذا
المال لا يثبت ما لم تعلم حياته بعد موت الجد . فان كان المال ارضاً في ايدي الابنتين وولد
الابن فاقروا جميعاً ان الابن قد مات قبل ابيه واقسموا الأرض بينهم على ذلك ثم ادعوا
انه مفقود فان القاضي يعضي القسمة عليهم لانها تمت بتراضيهم وقولهم فيما في أيديهم مقبول
فكانت القسمة ماضية ولا يقبل قولهم انه مفقود لانهم مناقضون في ذلك والقاضي لا يلتفت
الى قول المناقض . وكذلك لو كان في ولد الابن رجل غائب لم يشهد القسمة ولم يكن في
يده شيء من هذه الأرض ثم قدم فقال والدي مفقود وأراد نقض القسمة لم يكن له ذلك
لانه لا يدعى لنفسه بمقابلته وانما يدعى الملك للمفقود وهو مقرر أنه ليس بوكيل له ولا
وارث لانه حي ونقض القسمة بقول من لا يدعى لنفسه شيئاً لا يجوز بخلاف ما لو كان
بعض الأرض في يده لانه مدع لنفسه حقاً وهو ابقاء يده فيما في يده وقسمتهم قبل
حضوره غير صحيح لما فيه من استحقاق يده عليه وكذلك لو كان مكان الغائب صغير
فأدرك . وان ادعى أن أباه مات قبل جده كان له أن ينقض القسمة فيقسمها القاضي بينهم قسمة
مستقبله باقرارهم على انفسهم لانه يدعى لنفسه بعض الملك هنا ويدعى بطلان قسمتهم لان تراضيهم
على القسمة بعد موت الجد لا يعمل به في حق الغائب والصغير وهم مصدقون له فيما يدعى
فلهذا ينقض القسمة بخلاف ما لو كان القاضي هو الذي قسمه بين الحضور وعزل نصيب
الغائب والصغيرة فانه ينفذ قسمته في حقهما اذا لم يكن في يد الغائب والصغير من هذا المال
شيء لان للقاضي نوع ولاية في حق الغائب والصغير وليس للورثة تلك الولاية في حق
الغائب والصغير ولو مات ابنة هذا الابن المفقود فان كان ميراثها في يد أخيها لم أتعرض
له ولم أقف منه شيئاً للمفقود لانه لا يدري أحى هو فيكون وارثاً أو ميت فلا يكون
وارثاً وقد بينا انه لا يتعرض ليد ذي اليد الا بمحض من الخصم . وان كان ميراثها في يد

أجنبي لم أدفع الى أخيها منه شيئاً لأن شرط توريث الاخ ان يكون الاب ميتاً فما لم يصر هذا الشرط معلوماً بالحجة لا يدفع الى الاخ من الميراث شيء وان كان ميراثها في يد أخيها وأختها وأرادوا القسمة وهم مقرون بأن الاب مفقود لم أقسم بينهم لأن القسمة تبني على ثبوت استحقاقهم بالميراث ولا يثبت ذلك ما لم تقم البينة على موت الاب المفقود قبل موت الابنة . ولو كان للمفقود امرأة فماتت وميراثها في يد ولدها لم أقسم للمفقود من ذلك نصيباً لأن حياته بعد موتها غير معلوم ولم أقف له شيئاً لأن التمرض ليد ذى اليد لا يجوز الا بمحض من الخصم وان أراد ولدها قسمة ميراثها وهو في ايديهم لم أقسمه بينهم حتى تقوم البينة على موت المفقود ثم يعزل من ذلك مثل نصيب المفقود فيوقف حتى يعلم انه مات قبلها أو بعدها ويقسم ما بقى بينهم . أما قبل ان تقوم البينة على موته فالقاضي لا يشتغل بالقسمة لأن فيها قضاء على المفقود وهو حي في حق نفسه فلا يوجه القاضي القضاء عليه بغير محضر من الخصم وأما بعد موته فقد ثبت للقاضي ولاية توجه القضاء عليه لما ظهر موته فيعزل نصيبه من القسمة ويجعله موقوفاً حتى يتبين مستحقه بظهور موته قبلها أو بعدها ولو كان في يد غيرهم قضيت لهم بثلاثة ارباعه لاننا تيقنا باستحقاقهم لهذا المقدار فيسلم اليهم ويوقف الربع على يد ذى اليد حتى يظهر حال المفقود بخلاف ما سبق فان المال هناك في ايديهم ففي القسمة تميز نصيب المفقود عن نصيبهم وذلك قضاء على المفقود وهذا المال ليس في ايديهم فقضاؤه لهم بثلاثة ارباعه لا يمس المفقود وهو متيقن استحقاقه لهم * واذا فقد المرتد ولم يعلم الحق بدار الحرب ام لا فانه يوقف ميراثه كما يوقف ميراث المسلم لان للحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق المسلم فكما يوقف ميراث المفقود المسلم حتى يتبين موته فكذلك يوقف ميراث المفقود المرتد حتى يتبين لحوقه بدار الحرب . وان مات أحد من ولده قسم ميراثه بين ورثته ولم يحبس للمفقود شيء لانه محروم عن الميراث بكونه مرتداً فان المرتد لا يرث أحداً واسلامه بعد الردة موهوم والموهوم لا يقابل المعلوم ألا ترى ان الأب المفقود لو كان عبداً لم يحبس له شيء من ميراث ولده لأن الرق الذي يحرمه معلوم والعق بحد ذلك موهوم وكذلك ان كان ميراثه في يد أجنبي . وكذلك المرأة المرتدة فانها لا ترث أحداً وكذلك الذمي يفقد وله بنون مسلمون فمات أحدهم لم يوقف للأب شيء لأن سبب حرمانه معلوم فان الكافر لا يرث المسلم . وكذلك رجل مسلم فقد وله بنون كفار فمات أحدهم قسمت ميراثه بين

اخوته ولم أوقف على أبيه شيئا لان المسلم لا يرث الكافر فبسبب حرمانه متيقن والله أعلم

كتاب الغصب

قال الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الائمة السرخسي املاء

(اعلم) بان الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان من الأسباب واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير مال . يقال غصبت زوجة فلان وولده ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوماً . ثم هو فعل محرم لانه عدوان وظلم وقد تأكدت حرمة في الشرع بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقال تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً انما يأكلون في بطونهم نارا) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه وقال صلى الله عليه وسلم سباب المسلم فسق وقتاله كفر وحرمة ماله كحرمة نفسه وقال صلى الله عليه وسلم في خطبته ألا ان دماءكم وأعراضكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومى هذا في شهري هذا في مقامى هذا (ثبت) أن الفعل عدوان محرم في المال كرو في النفس ولهذا يمتلئ به المأثم في الآخرة كما قال صلى الله عليه وسلم من غصب شبراً من أرض طوقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين إلا ان المأثم عند قصد الفاعل مع العلم به . فأما اذا كان مخطئاً بان ظن المأخوذ ماله أو كان جاهلاً بأن اشترى عيناً ثم ظهر استحقاقه لم يكن آثماً لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد المأثم فأما حكمه في الدنيا فثابت سواء كان آثماً فيه أو غير آثم لان ثبوت ذلك لحق صاحبه وحقه مرعى وان الآخذ معذور شرعاً لجهله وعدم قصده والحكم الأصلى الثابت بالغصب وجوب رد العين على المالك بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فان أخذه فليرده عليه وقال صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو أحق به . ومن ضرورة كونه أحق باليمين وجوب الرد على الآخذ والمعنى فيه أنه مفوت عليه يده بالآخذ واليد لصاحب المال في ماله مقصود به يتوصل الى الانصراف والانتفاع ويحصل ثمرات الملك فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه . وآثم

وجوهه رد العين اليه ففيه اعادة العين الى يده كما كان فهو الواجب الأصلي لا يصار الى غيره الا عند المعجز عنه فان عجز عن ذلك بهلاكه في يده بفعله أو بغير فعله فعليه ضمان المثل جبراً لما فوت على صاحبه لان تقويت اليد المقصودة كنفويت الملك عليه بالاستهلاك (ثم) الملك نوعان كامل وقاصر . فالسكامل هو المثل صورة ومعنى . والقاصر هو المثل بمعنى أى في صفة المالية فيكون الواجب عليه هو المثل التام الا اذا عجز عن ذلك فحينئذ يكون المثل القاصر خلفاً عن المثل التام في كونه واجباً عليه * وبيان هذا ان المغصوب اذا كان من ذوات الأمثال كالملك والموزون فعليه المثل عندنا . وقال نفاة القياس عليه رد القيمة لان حق المغصوب منه في العين والمالية وقد تعذر ائصال العين اليه فيجب ائصال المال اليه وجوب الضمان على الغاصب باعتبار صفة المالية ومالية الشيء عبارة عن قيمته ولكننا نقول الواجب هو المثل قال الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة مجازاً كما قال الله تعالى (وجزاء سيئة سيئة مثلها) والمجازاة لا تكون سيئة وقد ثبت بالنص أن هذه الاموال أمثال متساوية قال صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة مثل بمثل ولان المقصود هو الجبران وذلك في المثل أتم لان فيه مراعاة الجنس والمالية وفي القيمة مراعاة المالية فقط فكان إيجاد المثل أعدل الا اذا تعذر ذلك بالانقطاع من أيدي الناس فحينئذ يصار الى المثل القاصر وهو القيمة للضرورة ثم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعتبر القيمة وقت القضاء لان التحول اليه الآن يكون فان المثل واجب في الذمة وهو مطلوب له حتى لو صبر الى محي أو انه كان له ان يطالبه بالمثل فانما يتحول الى القيمة عند تحقق المعجز عن المثل وذلك وقت الخصومة والقضاء بخلاف ما اذا كان المغصوب أو المستهلك مما لا مثل له لان الواجب هناك وان كان هو المثل عند أبي حنيفة ولكنه غير مطالب بأداء المثل بل هو مطالب بأداء القيمة بأصل السبب فيعتبر قيمته عند ذلك وأبو يوسف رحمه الله يقول لما انقطع المثل فقد التحق بمالا مثل له في وجوب اعتبار القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذي يجب به الاصل وذلك الغصب فيعتبر قيمته يوم الغصب ومحمد يقول أصل الغصب أوجب المثل خلفاً عن رد العين وصار ذلك ديناً في ذمته فلا يوجب القيمة أيضاً لان السبب الواحد لا يوجب ضمانين ولكن المصير الى القيمة للمعجز عن أداء المثل وذلك بالانقطاع عن أيدي الناس فيعتبر قيمته بآخر يوم كان موجوداً فيه فانقطع وان كان المغصوب

من المدديات المتقاربة كالجواز والبيض والفلوس فعليه ضمان المثل عندنا وعلى قول زفر عليه ضمان القيمة وهو بناء على الاختلاف بيننا وبينه في جواز السلم فيها عدداً ثم زفر رحمه الله يقول المثل فيما يؤدي به الضمان منصوص على اعتباره والمماثلة في المدديات المتقاربة غير ثابتة بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيها الربا لأنها ليست بأمثال متساوية قطعاً وما كان ثابتاً بالنص فهو مقطوع به فلا يؤدي بما هو مجتهد فيه ولكن لا يصر إلى القيمة لتعذر أداء المثل كما في المدديات المتقاربة ولكننا نقول المماثلة في آحاد هذه الأشياء ثابتة بالعرف فهو كالثابت بالنص فيما هو المقصود وهو جبران حق المصوب منه في مراعاة الجنس والمالية عليه وهذا لأن آحاد هذه الأشياء لا تتفاوت في المالية إنما تتفاوت أنواعها كالمكيل والموزون وإن كان المصوب من المدديات المتفاوتة كالتياب والدواب والواجب على الغاصب ضمان القيمة عند تعذر رد العين عندنا * وقال أهل المدينة رحمهم الله الواجب هو المثل لحديث أنس رضي الله تعالى عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله تعالى عنها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يضرب الحجاب فأتى بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الأرض ويقول غارت أمكم غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله تعالى عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغيرة وقال علي رضي الله عنه في المغرور يفك الغلام بالغلام الجارية بالجارية ولكننا نحتج بحديث معروف عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في عبد بين شريكين يعتقه أحدهما فإن كان موسراً ضمن قيمة نصيب شريكه وإن كان معسراً سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه فهذا تنصيب على اعتبار القيمة فيما لا مثل له * وتأويل حديث أنس رضي الله عنه أن الرد كان على طريق المروءة ومكارم الأخلاق لا على طريق الضمان وقد كانت القصعتان لرسول الله صلى الله عليه وسلم * ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام يعني بقيمة الغلام فقد صح عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور أنه حر بالقيمة * ثم بدأ محمد الكتاب بحديث ابن سيرين عن شريح رحمه الله قال من كسر عصى فبى له وعليه مثله وذكر بعده عن الحكم عن شريح قال من كسر عصى فبى له وعليه قيمتها فاما أن يقول مراده بالمثل المذكور في الحديث الأول المماثلة في المالية خاصة وذلك في القيمة أو يحمل

الحديث الاول على العصى الصغيرة فانها من العدديات المتقاربة لا تنفارت آحادها في المالية
 كالسهم وما ذكر في الحديث الثاني محمول على العصى الكبيرة فانها كالعدديات المتفاوتة لان
 آحادها تنفوت في المالية . ثم المراد بالكسر ما يكون فاحشا حتى لا يمكن التقضي به بعد
 ذلك فأما اذا كان الكسر يسيرا فليس على الكاسر الا ضمان النقصان لانه غير مفوت
 للمنفعة المطلوبة من العين وانما يمكن نقصانا في ماله ففلية ضمان النقصان وفي الكسر الفاحش
 هو مستهلك من وجه لفوات المنفعة المطلوبة من العين فكان لصاحبها حق تضمين القيمة ان
 شاء وهذا الحكم في كل عين الا في الاموال الربوية فان التعيب هناك فاحشا كان أو يسيرا
 يثبت لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين
 اليه ويضمنه مثله عندنا لان تضمين النقصان متعذر فانه يتعدى الى الربا لانه يسلم له قدر
 ملكه وزيادة وعلى قول الشافعي رحمه الله له أن يضمنه النقصان وهو بناء على أن من مذهبه
 أن للجودة في هذه الاموال قيمة كما في سائر الاموال ألا ترى أن لها قيمة اذا قوبلت بخلاف
 جنسها ولها قيمة في اثبات الخيار لصاحبها عند تقويت الغاصب الجودة وما لا يتقوم شرعا
 فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالخمر والصنعة من المالا هي والمعاذف . ثم وجوب ضمان النقصان
 لا يؤدي الى الربا فان حكم الربا يجري بالمقابلة على طريق المعادلة وذلك لا يوجد هنا خصوصا
 على أصله فان ضمان الغصب عنده لا يوجب الملك في المضمون ولكننا نقول لاقية للجودة في
 هذه الاموال منفردة عن الاصل قال صلى الله عليه وسلم جيدها ورديتها سواء يعني في المالية
 التي ينبنى عليها العقد لانه لا يجوز الاعتياض عن هذه الجودة حتى لو باع قفيز حنطة جيدة
 بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز وما يكون متقوما شرعا فلا اعتياض عنه جائز وبهذا فارق
 حال اختلاف الجنس . وثبت الخيار عندنا ليس لفوات الجودة بل للتغير المتمكن بفعله في
 العين واذا ثبت انه لاقية للجودة منفردة عن الاصل قلنا لو ضمنه النقصان كان فيه اقرار
 بجودته عن الاصل فأما اذا سلم العين اليه فلا يكون فيه اقرار بجودته عن الاصل وهي
 متقومة مع الاصل تبعا فلهذا كان له أن يضمنه المثل وقول شريح هو دليل له على ان
 المغصوب يصير ملكا للغاصب عند أداء الضمان كما هو مذهبنا (وذكر) عن أبي البحتري
 ان اعرابيا أتى عثمان بن عفان رضى الله عنه فقال ان بنى عمك عدوا علي ابلي فقطعوا ألبانها
 وأكلوا فصالها فقال له عثمان رضى الله تعالى عنه اذا أعطيك ابلا مثل ابلك وفصالا مثل

فصلانك قال اذا تقطع ألبانها ويموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض القوم بعبد
الله بن مسعود رضي الله عنه فقال بيني وبينك عبد الله فقال عثمان رضي الله عنه نعم فقال
عبد الله رضي الله عنه أرى أن يأتي هذا واديه فيعطى ثمة ابلا مثل ابله وفصلانا مثل
فصلانه فرضى عثمان رضي الله عنه بذلك وأعطاه * وبظاهر الحديث يستدل أهل المدينة في
أن الحيوان مضمون بالمثل عند الغصب والاتلاف فقد اتفق عليه عثمان وابن مسعود رضي
الله عنهما الا أنا نقول لم يكن هذا على طريق القضاء بالضمان وانما كان ذلك على سبيل
الصلح بالتراضي لان المتلف لم يكن عثمان رضي الله عنه ووجوب الضمان على المتلف والانسان
غير مؤاخذ بجناية بني عمه الا أن عثمان رضي الله عنه كان يتبرع بأداء مثل ذلك عن بني
عمه ويقول ان قوتهم ونصرتهم بي وهذا لانه كان به فرط الميل الى أقاربه واليه أشار عمر
رضي الله عنه حين ذكر عثمان رضي الله عنه في الشورى فقال انه كلف بأقاربه وكان ذلك
ظاهراً منه ولهذا جاء الاعرابي يطالبه وانما غمزه بعض القوم بعبد الله رضي الله عنه لما كان بين
عثمان رضي الله عنه وبينه من النفرة وسبب ذلك معلوم * ثم فيه دليل جواز التحكيم وان
الامام اذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي
الله عنه * وفيه دليل على أن رد مثل المغصوب أو المستهلك يجب في موضع الغصب والاستهلاك
لان ابن مسعود رضي الله عنه حكم بذلك وانقاد له عثمان رضي الله عنه وهذا لان المقصود
هو الجبران ورفع الخسران عن صاحب المال وذلك برد العين عليه في ذلك الموضع وأداء
الضمان في ذلك الموضع ولهذا قلنا ان مؤنة الرد تكون على الفاصب * وذكر * عن
شريح رحمه الله أن مسلماً كسر دنا من خمر لرجل من أهل الذمة فضمنه شريح قيمة الخمر
وبه تأخذ فان الخمر مال متقوم عندنا في حقهم لتما أحرازها منهم بحماية الامام فانهم يمتقدون
فيها المالية وانما يكون المال متقوماً بالأحراز والامام مأمور بأن يكف عنهم الايدي
المتعرضة لهم في ذلك لمكان عقد الذمة فيتم أحرازها منهم بذلك وسنقرر ذلك في موضعه
(ث) فيه دليل أن المسلم يضمن قيمة الخمر للذمي عند الاتلاف دون المثل لان المسلم عاجز
عن تمليك الخمر من غيره وعند العجز عن رد المثل يكون الواجب هو القيمة ولم يذكر تضمين
قيمة الدن لان ذلك غير مشكل وانما ذكر الراوى ما هو المشكل وهو تضمينه قيمة الخمر
(واذا) غصب الرجل جارية تساوى ألف درهم فازدادت عنده فالزيادة نوعان منفصلة متولدة

منها كالولد والعقر ومتصلة كالسمن وأنجلاء البياض عن العين * وفي الكتاب بدأ ببيان
 الزيادة المتصلة ولكن الأولى أن يبدأ ببيان الزيادة المنفصلة فيقول . هذه الزيادة تحدث
 أمانة في يده عندنا حتى لو هلك من غير صنعه لم يضمن قيمتها عندنا (وقال) الشافعي
 رحمه الله تعالى تحدث مضمونة لأنها لما تولدت من أصل مضمون بيد متعدي فتحدث
 مضمونة كزوائد الصيد المخرج من الحرم وهذا لان المتولد من الأصل يكون بصفة
 الأصل والأصل مضمون عليه فكذلك ما تولد منه ألا ترى ان الزيادة مملوكة للمغضوب
 منه كالأصل (ثم) له في بيان المذهب طريقان (أحدهما) ان الزيادة مغضوبة بمباشرة من
 الغاصب لان حد الغصب الاستيلاء على مال الغير بأثبات اليد لنفسه بغير حق وقد كانوا في
 الجاهلية يملكون بهذه اليد ويسمون غصباً فالشرع أبطل حكم الملك بها في كل محترم
 وأثبت الضمان وبقي حكم الملك بها في كل مباح كالصيد . ثم انما يملك الصيد بأثبات اليد
 عليه فكذلك يجب الضمان بأثبات اليد عليه وهو مثبت يده على الولد حتى لو نازعه فيه
 إنسان كان القول قوله (والثاني) هو انه غاصب للولد تسيباً فان غصب الام وامساكها
 الى وقت الولادة سبب لحصول الولد في يده وهو معتاد لان أصحاب السوائم يمسكون
 الامهات لتحصيل الاولاد وهذا تسبب هو فيه متعدد فينزل منزلة المباشرة لان المال يضمن
 بالاتلاف تارة وبالفصل أخرى وفي الاتلاف المسبب اذا كان متعدياً يحمل كالمباشر في حكم
 الضمان كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق فكذلك في الغصب * وحجتنا في ذلك أن وجوب
 ضمان الغصب لا يكون إلا باعتبار تحقق الغصب لانه سببه ولهذا يضاف اليه الحكم
 ولا يثبت بدون السبب ولم يوجد الغصب في الزيادة تسيباً ولا مباشرة لان حد الغصب
 الموجب للضمان الاستيلاء على مال الغير بأثبات اليد لنفسه على وجه تكون يده مفوتاً
 ليد المالك لان الضمان واجب بطريق الجبران فلا يجب الا بتقويت شئ عليه وليس في
 الغصب تقوية العين فعرّفنا أن وجوب الضمان باعتبار تقوية اليد عليه وذلك غير
 موجود في الولد لان التقوية بازالة يده عما كان في يده أو بازالة تمكنه من أخذ ما لم
 يكن في يده وما كان الولد في يد المالك قط ولا زال تمكنه من أخذه لحصوله في دار
 الغاصب ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضموناً عليه لانعدام سبب الضمان حتى يطالبه
 بالرد فاذا منعه يتحقق التقوية بقصر يده عنه بالمنع فيكون مضموناً عليه كالثوب اذا هبت

به الربح وألفته في حجره وهذا بخلاف الاستيلاء الموجب للملك لان الملك حكم مقصود على المحل فيتم سببه بأثبات اليد على المحل والضمان جبران لحق المالك فلا يتم سببه الابتفويت شئ عليه وبخلاف ضمان صيد الحرم لان ذلك ضمان اتلاف معنى الصيدية فيه فانه بالحرم أمن الصيد ومعنى الصيدية في تنفيره واستيحاشه وبعده عن الايدي فأثبت اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية فيه حكما وقد تحقق ذلك في الولد بأثبات اليد عليه . فأما الاموال فمحفوظة بالايدي فلا يكون أثبات اليد على المال اتلافا لشئ على المالك * يوضح الفرق أن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى مأمنه فانما وجد المنع منه بعد الطلب وذلك سبب للضمان . وعلى هذا الطريق يقول اذا هلك الولد قبل تمكنه من الرد الى الحرم لا يضمن وعلى الطريق الاول هو ضامن ولا وجه لأثبات حكم الضمان في الزيادة بتولدها من الاصل المضمون لان الضمان ليس في العين بل هو في ذمة الغاصب وانما توصف العين به مجازاً كما يقال فلان مغصوب عليه والغصب صفة للغاصب بخلاف الملك لانه وصف للمحل فانه يوصف بانه مملوك حقيقة فيتعدى ذلك الى الولد وان باع الغاصب الولد وسلمه أو أتلفه فهو ضامن لقيمته لوجود التعدى منه على الامانة كما لو باع المودع الوديعة ﴿ فان قيل ﴾ فليس في البيع والتسليم تفويت يد المالك في الولد ﴿ قلنا ﴾ بل فيه تفويت يده لانه كان متمكناً من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك يديه وتسليمه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون ضامناً فأما الزيادة المتصلة فهي أمانة في يد الغاصب عندنا حتى لو هلكت الجارية بعد الزيادة ضمن قيمتها وقت الغصب ولا يضمن الزيادة وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه مضمونة كالزيادة المنفصلة عنده ويذهب أن كلامه هنا أظهر فان الزيادة تصير مغصوبة بالوقوع في يد الغاصب ولان الزيادة لا تنفصل عن الاصل فمن ضرورة كون يده على الاصل يد غصب أن تكون على الزيادة يد غصب أيضاً ولكننا نقول سبب وجوب الضمان في الاصل ليس هو يد الغصب بل اليد الغاصبة لان اليد الغصب حكم الغصب وانما يحال بالضمان على أصل السبب لا على حكمه فأصل السبب اليد الغاصبة المفوتة ليد المالك ولم يوجد ذلك في الزيادة وان منعها بعد الطلب ففي احدي الروايتين الزيادة تصير مضمونة بالمنع لان قصر يد المالك عنها يثبت بالمنع وفي الرواية الاخرى لا تصير مضمونة لان المطالبة بالرد في حق الزيادة لا تتحقق منفردة عن الاصل اذ لا يتصور

ردها بدون الاصل ولا معتبر بهذا المنع في حق الاصل لان الاصل مضمون بدون هذا
المنع فلهذا لا يضمن الزيادة المتصلة بالمنع بعد الطلب بخلاف الزيادة المنفصلة وعلى هذا
الاختلاف لو ازدادت قيمتها من غير زيادة في بدنها ثم هلكت لم يضمن الغاصب الا قيمتها
وقت الغصب عندنا وعند الشافعي يضمن قيمتها وقت الهلاك لان من أصله ان سبب الضمان
اثبات اليد واليد مستدام والاصل أن ما يستدام فانه يعطى لاستدامته حكم انشائه فبهذا
الطريق يصير كالمجدد للغصب عند الهلاك. وعندنا سبب وجوب الضمان تفويت يد المالك
وذلك بابتداء الغصب فتعتبر قيمتها عند ذلك فان باعها وسلمها بعدما صارت قيمتها الفين
بالزيادة المتصلة فهلك عند المشتري ثم جاء صاحبها فله الخيار ان شاء ضمن المشتري
قيمتها يوم قبض الدين وان شاء ضمن الغاصب لان المشتري متعده بقبضها لنفسه على
طريق التملك وفي هذا القبض تفويت يد المالك حكما على ما بينا انه كان متمكنا من
استردادها من الغاصب وقد زال ذلك بقبض المشتري على طريق التملك لنفسه فيضمن قيمتها
حال قبضه وذلك ألفا درهم بمنزلة ما لو غصبها غاصب من الاول بعد الزيادة فان للمالك ان يضمن
الغاصب الثاني قيمتها وقت غصبه. وفيه طريقان. أحدهما ما بينا. والثاني أن المولي باختياره
تضمن الغاصب الثاني يكون مبرئا للغاصب الاول ولهذا لا يكون له أن يضمنه بعد ذلك
وبهذا البراء تصير يده يد المالك والغاصب الثاني مفوت لهذه اليد فاذا صارت كيد المالك
كان هو ضامنا بتفويته يد المالك حكما فان اختار تضمين البائع فان شاء ضمنه قيمتها وقت
الغصب ألف درهم وان شاء ضمنه قيمتها وقت البيع والتسليم ألفي درهم ولم يذكر فيه خلافا
في الكتاب (وروي) الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله انه
ليس له ان يضمن الغاصب وقت البيع والتسليم قيمتها * وجه ظاهر الرواية وهو قولهما ان
الزيادة حصلت في يد الغاصب أمانة وقد تعدى عليها بالبيع والتسليم فيكون ضامنا لها بزيادتها
كما لو كانت الزيادة منفصلة وكانوا قتلها بعد حدوث الزيادة ولانه وجد من الغاصب سببان
موجبان للضمان الغصب والتسليم بحكم البيع فللمالك ان يضمنه بأي الشئين شاء كما لو قتلها
بعد الغصب * وتحقيق هذا ان البيع والتسليم استهلاك لا ترى ان من ادعى عينا في يد انسان
فأقام البينة ان فلانا باعه وسلمه منه اليه فان القاضي يقضى بالملك له كما لو شهدوا بالملك له فهو
بالبيع والتسليم باشر سببا لو أثبتته المشتري بالبينة قضى القاضي بالملك له فيكون ذلك استهلاكا

للملك علي المصوب منه حكما والاستهلاك بعد الغصب يتحقق ويكون سببا للضمان
 كالاستهلاك بالقتل * وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب
 والغصب لا يتحقق في المصوب لوجهين (أحدهما) أن الغصب الموجب للضمان لا يكون
 الابتفويت يد المالك والتفويت بعد التفويت من واحد لا يتحقق (والثاني) أن الأسباب
 المطلوبة لأحكامها وتكرار الغصب من واحد في محل واحد غير مفيد شيئا فلا يعتبر كتكرار
 البيع ثمن واحد وإنما قلنا أن ضمان البيع والتسليم ضمان غصب لأن ملك المصوب منه باق
 بعد بيع الغاصب كما بعد غصبه * والاستهلاك إما أن يكون بتفويت العين حقيقة أو بتفويت
 الملك فيه حكما وذلك غير موجود . والدليل عليه أن الحر لا يضمن بالبيع والتسليم كما
 لا يضمن بالغصب والحر يضمن بالتلف وكذلك العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف
 آخر رحمهما الله لا يضمن بالبيع والتسليم كما لا يضمن بالغصب وهو مضمون بالتلف
 (فاذا) ثبتت هذه القاعدة فنقول السبب الثاني لا يمكن اعتباره في الأصل لما قلنا أن الغصب
 بعد الغصب لا يتحقق مع بقاء حكم الأول ولا وجه لإبطال حكم الضمان الثابت بالغصب
 الأول بفعل الغاصب لأن المسقط للضمان عنه نسخ فعله بإعادته إلى يد المالك لا اكتساب
 غصب آخر ولا وجه لاعتبار السبب الثاني في الزيادة لأن الزيادة تابعة للأصل فلا يثبت
 الحكم فيها إلا بثبوته في الأصل ولأن الزيادة المتصلة لا تفرد بالغصب فلا تفرد بضمان
 الغصب ولأنه لما ضمن الأصل بالغصب ملك الأصل بزيادته من ذلك الوقت فحين أنه باع
 ملك نفسه ولهذا نفذ بيعه هنا وبيع ملك نفسه لا يكون موجبا للضمان عنه وهذا بخلاف
 ما إذا قتلها لأن ذلك ضمان اتلاف والزيادة تفرد بالتلاف ولأن اعتبار السبب الثاني هناك
 مفيد في حق الأصل لأن الضمان بالقتل يجب مؤجلا على العاقلة والغصب يجب على
 الغاصب فيجب اعتبار السبب الثاني في حق الأصل لكونه مفيدا ثم يعتبر في حق الزيادة
 تبعاً للأصل إلا أنه إذا ضمن الأصل بالقتل لا يملكها لأن ضمان القتل لا يوجب الملك
 فلا يتبين به أن الزيادة كانت مملوكة له ولم يذكر هنا أن المصوبة لو كانت دابة فاستهلكها
 الغاصب بعد الزيادة المتصلة هل يضمن قيمتها زائدة ذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات
 أنه يضمن قيمتها زائدة فظن بعض المحققين من أصحابنا رحمهم الله أن ذلك الجواب قولهم
 جميعا وجعل يفرق لأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الاستهلاك بعد الغصب يتحقق في الأصل

فيكون موجبا للضمان وأما الغصب بعد الغصب فلا يتحقق . قال رضى الله عنه والاصح عندي
 انه لا فرق في الفصلين عند أبي حنيفة رحمه الله فانه كما لم يذكر الخلاف ثمة لم يذكر هنا
 قال وقد رأيت في بعض النواذر بيان الخلاف في الشاة اذا ذبحها الغاصب وأكلها بعد
 الزيادة انه لا يضمن قيمتها زائدة وهذا لما بينا أن السبب انما يعتبر اذا كان مفيدا وحكم
 الاستهلاك في الدواب وحكم الغاصب سواء لانه يوجب الضمان على المستهلك حالا ويملك
 المضمون به فلا استهلاك وان تحقق فلا فائدة في اعتباره في حق الاصل بخلاف القتل في
 الآدمي فان حكم ضمان القتل مخالف لحكم ضمان الغصب فكان اعتبار السبب الثاني مفيدا
 وهذا بخلاف صيد الحرم اذا باعها وسلمها بعد الزيادة لانا ثبت بهذا الكلام ان البيع
 والتسليم لا يكون سببا للضمان بعد الغصب وهناك الزيادة كانت مضمونة عليه قبل هذا
 الا ان تصير مضمونة بالبيع والتسليم وان اختار المغضوب منه تضمين المشتري بطل
 البيع ورجع بالثمن على الغاصب لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين ولان ملك العين
 لم يسلم للمشتري بالبيع وانما سلم له بضمان القيمة فلا يسلم الثمن للبائع أيضا فهذا استرد الثمن
 من البائع ~~رجل~~ غصب جارية فولدت عنده ثم مات الولد فعلى الغاصب رد الجارية مع
 نقصان الولادة لانها دخلت في ضمانه بجميع أجزائها وقد فات جزء مضمون منها ولو فاتت
 كلها ضمن الغاصب قيمتها والجزء معتبرا بالكل وان كان الولد حيا فعليه ردها لان الولد جزء
 من الاصل فيكون مملوكا لملك الاصل ومؤنة الرد في الولد على الغاصب وان لم يكن مضمونا
 عليه كمؤنة الرد في المستعار على المستعير وان لم يكن مضمونا عليه فاذا ردهما وفي قيمة الولد
 وفاء بنقصان الولادة لم يضمن الغاصب من نقصان الولادة شيئا عندنا وقال زفر رحمه الله
 هو ضامن لذلك وان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان فهو ضامن لما زاد على قيمة الولد
 من النقصان عندنا وعند زفر هو ضامن لجميع النقصان لان ضمان النقصان واجب عليه
 بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط الا بالاداء أو البراء ممن له الحق وقد انعدم الاسقاط
 ممن له الحق وهو برد لولد لا يكون مؤديا للضمان لان الولد ملك المضمون له واداء الضمان
 بملك غير المضمون له لان الضمان لجبران ما فات عليه وملكه لا يكون جابرا للملك ولا يجوز
 أن يكون الولد قائما مقام الجزء الفائت بالولادة لان الولد أمانة في يده والفائت مضمون عليه
 فكيف تكون الامانة خلفا عن المضمون (ألا ترى) انه لو دخلها عيب آخر في يده وفي

قيمة الولد وفاء بنقصان ذلك العيب لم يكن الولد جابرا لذلك النقصان . وشبه هذا بمن قطع
قوائم شجرة انسان فثبت مكانها أخرى لم يسقط الضمان عن القاطع بما ثبت لان النبات
ملك المضمون له بخلاف ما لو قطعت يدها فأخذ الغاصب الارش فردها مع الارش
لان الارش ما تولد من ملك المضمون له فيمكن أن يحمل مؤديا للضمان به وبخلاف
ما وقع منها فثبت مكانها أخرى أو صارت هزولة ثم سميت لان هناك انعدام سبب الضمان
لان السبب افساد النبات لا مجرد القلع وقد تبين أنه ما افسد النبات ولهذا لو كان نبات السن
بعد الرد لم يجب على الغاصب شيء أيضا وهذا السبب وهو النقصان قائم مشاهد والولد
لا يسلح أن يكون قائما مقام ذلك النقصان . ألا ترى أن الوفاء بقيمة لو حصل بعد الرد لم
يتخير به فكذلك قبله . وحجتنا في ذلك ان سبب الضمان منعدم هنا حكما والناات حكما
كالناات حسا أو أقوى منه . ويان ذلك أن الولد خلف عن الجزء الفائت بالولادة بطريق
اتحاد السبب وهو ان الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدثت مالية الولد
لان الولد وان كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن ملا بل كان عيبا في الام أو كان وصفا
لها وانما صار مالا مقصودا بعد الانفصال والسبب الواحد متى أثر في النقصان والزيادة
كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وأدخل الثمن في ملكه
كان الثمن خلفا عن مالية المبيع له باتحاد السبب حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل
قيمه ثم رجعا لم يضمنا شيئا وكذلك الارش خلف عن مالية اليد المقطوعة باتحاد السبب
فكما ينعدم النقصان اذا رد ذلك الجزء بعينه بأن غصب بقرة فقطع جزءا منها ثم رد ذلك الجزء
مع الاصل فكذلك ينعدم النقصان برد الخلف لان الخلف عن الشيء يقوم مقامه عند فواته
وللدليل عليه فصل السمن والسن فان الحادث هناك يحمل خلفا عن الفائت باتحاد المحل لانه
حادث في محل النقصان وتأثير السبب في الخلافة أكثر من تأثير المحل فاذا جعل باتحاد
المحل هناك الحادث خلفا عن الفائت حتى ينعدم به سبب الضمان فهذا أولى . وبهذا ظهر
الجواب عن كلامه فانما لا يحمل الغاصب مؤديا للضمان برد الولد ولكن نبره بانعدام سبب
الضمان فانما ينعدم سبب الضمان برد ملك المغصوب منه فيكون المردود ملكه يقرر هذا
المعنى ﴿ فان قيل ﴾ كيف يستقيم هذا والولد يبقى ملكا للمغصوب منه بعد انعدام النقصان
﴿ قلنا ﴾ لانه في الملك لم يكن خلفا انما كان مملوكا له بكونه متولدا من ملكه وذلك باق وانما

كان خلفا في حكم الانجبار فلا جرم بعد ارتفاع النقصان لا يكون الولد جابرا للنقصان وهو كالتراب خلف عن الماء في حكم الطهارة لا في الملك فبعد وجود الماء يبقى التراب مملوكا له ولا يكون خلفا في حكم الطهارة (واذا) ثبت هذا فيما اذا كان في قيمة الولد وفاة بالنقصان عند الولادة فكذلك اذا صار فيه وفاة بعد الولاد قبل الرد لان حكم الخلافة باتحاد السبب لما انعقد فيه فالحدث فيه بعد انعقاد السبب يلتحق بالموجود وقت السبب كالزوائد في المبيع بعد البيع قبل القبض تلتحق بالموجود وقت العقد ولكن هذه الخلافة في حكم الانجبار ليكون رد الخلف كرد الاصل وهذا ينتهي بالرد فالزيادة فيه بعد الرد لا تجعل كالموجود عند السبب لهذا كالزيادة في المبيع بعد القبض لا تعتبر في انقسام الثمن فأما في السن يتبين انعدام سبب الضمان من حيث ان الحادث خلف عن الفاتت باتحاد المحل من حيث الظاهر ومن حيث المعنى عدم افساد المنبت وذلك يتحقق بعد الرد كما يتحقق قبله * ويوضحه أن هناك لا يشترط لا يجاب الضمان بالقلع كون الاصل في ضمانه عند القلع فكذلك لا يشترط لانعدام السبب بالنبات بقاء الاصل في ضمانه بخلاف ما نحن فيه وفي قطع قوائم الشجرة الواجب ضمان عين ماذهب به الفاطم وهو الجزء المقطوع وذلك لا ينعدم بنبات مثله . ثم النبات هناك ليس بسبب القطع بل ببقاء الشجرة الخضرة النامية والانجبار بحكم اتحاد السبب على ما قررنا * فان ماتت الام وبالولد وفاة بقيمتها في هذه المسئلة ثلاث روايات روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه يبرأ برد الولد لان وجوب الضمان على الفاضل لجبر ان حق المنصوب منه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وروى عنه انه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب الموت فالتقصان يكون بسبب الولادة فأما موت الام لا يكون بسبب الولادة ورد القيمة كرد العين ولورد عين الجارية كان النقصان منجبرا بالولد فكذلك اذا رد قيمتها (وفي) ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الفصب كاملة اوجبهين (أحدهما) انها لما ماتت تبين ان الولادة كانت موتا من أصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح يكون قتلا من أصله لا أن يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موت لا يكون موجبا للزيادة وهذا بخلافه بحكم اتحاد السبب فاذا انعدم هناك لم يكن الولد جابرا للنقصان بالولادة ولا قلنا مقام الام لانا نجعل اتحاد السبب كاتحاد المحل وهناك يتصور أن يكون الحادث خلفا عن الفاتت اذا كان الفاتت بعض الاصل

كالسمن والسن لا ما اذا كان الفات جميع الاصل فكذلك بسبب اتحاد السبب يجعل الحادث خلفاً عن الفات اذا كان الفات بعض الاصل لا ما اذا كان الفات كله لان الحادث تبع والتبع لا يقوم مقام الاصل انما يقوم مقام تبع مثله * يوضحه أنه لما ضمن الاصل من وقت الغصب ملك الاصل بالضمن من ذلك الوقت وتبين ان النقصان حادث على ملكه فلا حاجة الى ما يجبره بخلاف ما اذا رد الاصل فالحاجة الى رد جابر النقصان هنا متقرر وباعتبار هذه الحاجة يجعل الولد خلفاً في حكم الانجبار به * قال * واذا جاء المفصوب منه يدعى جاريته في يد الغاصب وهو منكر فأقام شاهداً أنها جاريته غصبها هذا اياه وأقام شاهداً آخر على اقرار الغاصب بذلك لم يجوز لانهما اختلفا حين شهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل اذ الفعل غير القول وبشهادة الواحد لا يثبت واحد من الامرين . وكذلك لو شهد أحدهما بالملك له وشهد الآخر على اقرار الغاصب له بالملك لان المشهود به مختلف وليس على واحد من الامرين شهادة شاهدين وان شهدا له بالملك وزاد أحدهما ذكر الغصب فالشهادة جائزة لانهما اتفقا في الشهادة على الملك للمدعى وتفرد احدهما بالشهادة بالغصب على المدعى عليه فيقضي القاضي بما اتفقا عليه وان شهد احدهما أنها جاريته وشهد الآخر أنها كانت جاريته قضيت بها له لانهما اتفقا في المشهود به وهو الملك للمدعى لان ما كان له فهو باق على ملكه أبداً حتى يخرج من ملكه بحق ولم يظهر سبب ذلك فمرفنا ان كل واحد منهما شهد له بالملك في الحال * وان شهد احدهما أنها جاريته اشتراها من فلان وشهد الآخر أنها جاريته ورثها عن أبيه لم يجوز لان احدهما شهد له بملك هو أصل فيه مستفاد بسبب أحدثه وهو الشراء والآخر شهد له بملك هو خلف عن مورثه فيه وأحد المالكين متباين عن الآخر * ألا ترى أن الوارث يرد بالعيب على بائع مورثه ويصير مغروراً بشراء مورثه والمشتري لا يرد على بائع بائعه ولا يصير مغروراً بسبب شراء بائعه (واذا) اختلف المشهود به حكماً لم يتمكن القاضي من القضاء بشيء * وان شهد احدهما بالشراء من رجل والآخر بالشراء من رجل آخر أو هبة أو صدقة لم تجز الشهادة لاختلافهما في المشهود به وهو السبب اما لان الصدقة والهبة غير الشراء أو لان الشراء من زيد غير الشراء من عمرو . وان شهدا أنها جاريته غصبها اياه وقد باعها الغاصب من رجل فسلم رب الجارية البيع بمعد ذلك قال يجوز لان البيع انعقد من الغاصب موقوفاً على اجازة المالك فان من أصلنا أن ماله يجوز

حال وقوعه يتوقف على الاجازة وان الاجازة في الاتهام كالاذن في الابتداء ولكن الشرط
 لتقام العقد بالا اجازه بقاء المتعاقدين والمعمود عليه والمجيز وذلك كله باق هنا (وقد ذكر في
 النواذر ان المدعى اذا طلب من القاضي أن يقضي له بالملك ففعل لم يكن له أن يجيز البيع بعد
 ذلك لانه طلب من القاضي أن يقرر ملكه وذلك يتضمن دفع السبب المزيل فيجعل ناسخا
 للبيع بهذا وجه ظاهر الرواية ان الملك الذي ظهر له بقضاء القاضي لا يكون أقوى من ملك
 ضامره وذلك لا يمنع انعقاد البيع موقوفا فلا يمنع بقاء البيع اذا ظهر بالقضاء بطريق الأولى
 فان كان الغاصب قد قبض الثمن فهلك عنده هلك من مال رب الجارية لان بنفوذ البيع
 صار الغاصب كالوكيل من جهةه بالبيع بطريق ان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء
 وحق قبض الثمن الى اوكيل وهو أمين فيما يقبض. ألا ترى انه لو هلك عنده بعد الاجازة
 - يضمن فكذلك اذا هلك قبل الاجازة ولا يشترط لنفوذ العقد بالا اجازه بقاء الثمن
 لان الثمن معمود به ولا يشترط وجوده في ملك المشتري لصحة البيع بعد ابتداء فكذلك
 لا يشترط بقاءه لنفوذ البيع بالا اجازه وكل ما حدث للجارية عند المشتري من ولد أو كسب
 أو ارش جنابة وما شابهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ البيع ويثبت الملك للمشتري
 من وقت البيع فان سبب ملكه هو العقد وكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك به
 لما منع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالا اجازه ثبت الملك له من وقت السبب
 لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء * فتبين ان الزوائد حدثت على ملكه وان
 لم يسلم المبيع وأخذها أخذ جميع ذلك معها لانه بقي ملكه مقرر فيها وانما يملك الكسب
 والارش والولد بملك الاصل فان أعتقها المشتري لم ينفذ عتقه قبل أن يجيز الملك البيع عندنا
 وقال (ابن أبي ليلى عتقه نافذ والغاصب ضامن قيمتها للمغصوب منه لان الاعتاق قبض
 بطريق الاتلاف فانه ينعدم به محلية البيع كما بالاتلاف حقيقة فهناك الغاصب يضمن قيمتها
 وينفذ البيع بينه وبين المشتري اذا ضمن قيمتها فهنا كذلك اعتبارا للحكمي بالحقيق. ولكننا
 نقول حصول القبض والاتلاف بنفوذ العتق لا بالتكلم به وشرط نفوذ العتق ملك المحل
 قال صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والبيع الموقوف ضعيف في نفسه فلا
 يثبت الملك به قبل الاجازة كالهبة قبل القبض فان الموهوب له أو أعتق الموهوب قبل أن
 يقبض لم يعتق ولا يصير قابضاً به فهذا مثله بخلاف الاتلاف فانه حسي يتحقق في الملك

وغير الملك ولا نقول المشتري بالاتلاف يصير مالكا متى كان للمغضوب منه أن يضمن
المشتري ان شاء فان أجاز المغضوب منه البيع بعد ما أعتق المشتري الجارية جاز البيع ولم
ينفذ عتق المشتري في القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وفي الاستحسان ينفذ عتقه
وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هكذا يرويه محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة
(قال) أبو سليمان وكنا سمعنا من أبي يوسف روايته عن أبي حنيفة أنه لا ينفذ عتقه * وجه
القياس ان هذا عتق ترتب على عقد توقف تفوذه لحق المالك فلا ينفذ بنفوذ العقد كالمشتري
بشرط الخيار أقوى من البيع الموقوف فانه متفق على جوارده ويتم بموت البائع وبسكوته
حتى تمضي المدة * والبيع الموقوف مختلف في جوارده وهو يبطل بموت العاقد وبموت المالك
ولا يتم بدون الاجازة لان هذا العتق توقف على اجازة مالك ظاهر الملك فان المالك لو اجاز
العتق عن نفسه عتق من جهته فلا ينفذ من جهة من يحدث له بالملك كالمشتري من المكره
اذا أعتق قبل القبض ثم رضي المكره بالبيع لم ينفذ عتق المشتري * يوضحه أن البيع
والعتق توقفا على اجازة المالك ثم لو أجاز العتق بطل البيع فكذلك لو أجاز البيع يبطل
العتق لما بينهما من المنافة في حقه . والدليل عليه ان الغاصب لو أعتق ثم ضمن القيمة لم
ينفذ عتقه والمالك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري هنا حتى ينفذ بيعه
لو كان باعه هناك ولا ينفذ بيع المشتري هنا لو كان باعه ثم هناك لم ينفذ عتقه فهنا أولى .
وكذلك لو كان المشتري من الغاصب أعتق ثم ان المالك ضمن الغاصب حتى نفذ بيعه لم
ينفذ عتق المشتري فكذلك اذا نفذ البيع باجازه المالك * وجه الاستحسان ان هذا عتق ترتب
على سبب ملك تام فينفذ بدون السبب بالاجازة كالوارث اذا أعتق عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالدين ثم يسقط الدين أو المشتري من الوارث اذا فعل ذلك * وتقرير هذا الكلام
ان العقد الموقوف سبب تام في نفسه وانعقاده بكلام المتعاقدين ولهما ولاية على أنفسهما فاذا
أطلقا العقد انعقد بصفة التمام لان الممتنع ما يتضرر به المالك وكما لا ضرر على المالك بانعقاد
السبب لا ضرر عليه في تمام السبب لانه ليس من ضرورة اتمام السبب اتصال الحكم به
فقد يترأخى عنه لان الاسباب الشرعية لا تنعقد خالية عن الحكم ولكن يجوز أن يتأخر
الحكم عن السبب والضرر على المالك في أثبات الملك للمشتري لان من ضرورته زوال
ملكه فيتأخر ذلك الى وقت الاجازة ويبقى السبب تاما والدليل عليه ان الاشهاد على

النكاح يعتبر وقت العقد لا عند الاجازة والنكاح ينقصد مع التوقف وما يمنع تمام السبب
فالنكاح لا يحتمله كخيار الشرط. والدليل عليه ان الغاصبين اذا تصارفا وتقابضا واقتراهما أجاز
المالكان فمحمد يوافقنا انه يجوز وما يمنع تمام السبب لا يكون عفو في الصرف بعد الافتراق
كخيار الشرط والدليل على تمام السبب انه يملك المبيع عند الاجازة بزوائده المنفصلة
والمتصلة (واذا) ثبت ان السبب تام فنقول العتق قبض حتى ان المشتري اذا أعتق المبيع
قبل القبض يصير قابضاً والقبض بعد تمام السبب يتوقف بتوقف السبب وينفذ بنفوذه
كالقبض الحقيقي في المبيع أو الثمن. والدليل عليه ان رجلاً لو قال للغاصب أعتق هذا العبد
عني بالف درهم فأعتقه ثم أجاز المالك نفذ بالاجازة العتق والبيع جميعاً فهذا مثله بل أولى
لان سبب الملك هناك مضمّن وهنا مفصّل به ولا وجه لمنع هذا فانه لو التمس هذا من
المالك فأجابه اليه كان نافذاً فكذلك اذا التمس من غير المالك فأجابه اليه وأجاز المالك وهذا
بخلاف البيع بشرط الخيار لان السبب هناك غير تام فان قوله علي اني بالخيار مقرون بالعقد
نصاً وتعليق العقد بالشرط يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط ولهذا لم يحز البيع قياساً لانه
أدخل الشرط على السبب وفي الاستحسان يجعل الشرط داخلاً على حكم السبب فينقصد
أصل العقد ويكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله ألا ترى
انه لو قال اذا جاء عبيد فله علي ان أتصدق بدرهم فتصدق به اليوم لا يجوز بخلاف ما لو
قال لله علي ان أتصدق بدرهم غدا فتصدق به اليوم يجوز فعرفنا ان التوقف لا يمنع تمام
السبب والتعليق بالشرط يمنع منه يوضح الفرق ان في العقد الموقوف يثبت ملكاً يليق
بالسبب وهو الملك الموقوف لان هذا القدر لا يزيل ملك المالك ولا يتضرر به فانما
ترتب علي ملك موقوف فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفوذه فأما الشرط في مسألة الخيار كما يمنع
الملك التام يمنع الملك الموقوف فلم يترتب عتق المشتري علي ملك في الحل أصلاً ومسألة
المكره قد منعها بعض أصحابنا رحمهم الله (والاصح) ان نقول يبيع المكره فاسد ولهذا لو
أعتقه المشتري بعد القبض ينفذ عتقه والبيع انقاسد قبل القبض ضعيف غير تام في حكم
الملك كالهبة قبل القبض فلا يثبت به ملك تام ولا موقوف في الحل فهذا لا ينفذ عتقه
وعتق المشتري مخالف لبيعه لان البيع ليس بقبض ألا ترى انه لو باع المبيع قبل القبض
لا يصير به قابضاً وانما يتوقف بعد تمام السبب ما هو من حقوقه والعتق من حقوقه

من حيث انه قبض ومن حيث ان الشراء واجب وهو شراء القريب فانه اعتاق بخلاف البيع . يوضحه ان البيع قاطع للملك والعق مضمي له ألا ترى ان المشتري لو باع المبيع ثم اطاع على عيب به لا يرجع على بائعه بحصة العيب من الثمن بخلاف مالو أعتقه فلكون العتق منهيا للملك يتوقف بتوقف الملك حتى اذا تم انتهى به والبيع لكونه قاطعا للملك لا يجوز أن يتوقف بتوقف الملك وهذا بخلاف مالو أجاز المالك العتق لانه باجازه العتق عن نفسه يبطل محل البيع فلا يمكن تنفيذ البيع به وباجازه البيع يمتد محل العتق للمشتري وهو المالك فينفذ العتق من جهته وهذا بخلاف الغاصب اذا أعتق ثم ضمن القيمة لان المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق لحكم ملك المسكاتب في كسبه وهذا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة . فأما اذا أعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فلا يصح أنه ينفذ العتق أيضاً هكذا ذكر هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى وبعد التسليم يقول هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وقد بينا أنه لا يستند للغاصب حقيقة الملك فكيف يستند لمن يملك من جهته فهذا لا ينفذ عتقه وهنا انما يستند الملك له الى وقت العقد من جهة الميز والمجيز كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد بالطريق الذي قلنا فلم هذا نفذ عتقه * وان ماتت الجارية في يد المشتري ثم أجاز المالك البيع لم يتم لان اجازته انما تصح في حال يصح اذنه بالبيع وبعد الموت لا يصح اذنه بالبيع ولان الملك للمشتري يثبت عند الاجازة مقصوداً بسببه وان كان يستند الى وقت العقد والميت لا يحتمل التمليك مقصوداً بسببه . وان لم يميت ولم يسلم رب الجارية المبيع ولكن الغاصب اشتراها منه لم يحز البيع الاول لان اقدام المالك على بيعها من الغاصب ابطال منه للبيع الاول ولانه لا يمكن تنفيذ البيع الاول من الغاصب بهذا الشراء لان الملك له حادث والبيع الموقوف اذا تم أوجب الملك للمشتري من وقت العقد ولانه ما توقف على حقه ولم يوجد منه الرضا بتمليك المشتري عليه فهذا لا يصح البيع الاول بعد شراء الغاصب وكذلك ان أجاز له لانه قد طرأ ملك نافذ على ملك موقوف فكان مبطلاً للموقوف اذ لا يتصور اجتماعهما في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الاجازة وكذلك لو وهبها مولاه للغاصب أو تصدق بها

عليه أو ماتت فورئها منه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطريان الملك النافذ في المحل
 ﴿رجل﴾ غصب من رجل جارية فعيها فأقام المغموب منه البينة انه قد غصب جارية
 له فانه يحبس حتى يحجى بها ويردها على صاحبها (وكان) أبو بكر الاعمش رحمه الله
 يقول تأويل هذه المسئلة ان الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك لان الثابت من
 اقراره بالبينة كالثابت بالمعينة فأما الشهادة على فعل الغصب لا تقبل مع جهالة المغموب لان
 المقصود اثبات الملك للمدعى في المغموب ولا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول ولا بد
 من الاشارة الى ما هو المقصود بالدعوى في الشهادة ولكن الاصح أن هذه الدعوى والشهادة
 صحيحة لاجل الضرورة فان الغاصب يكون ممتنعاً من احضار المغموب عادة وحين يغصب
 فانما يتأتى من الشهود معينة فعل الغاصب دون العلم بأوصاف المغموب فسقط اعتبار علمهم
 بالاوصاف لاجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبوت
 ذلك بالبينة كثبوته باقراره فيحبس حتى يحجى به ولان وجوب الرد على الغاصب ثابت بنفس
 الفعل وهذا معلوم من شهادتهم فيتمكن القاضي من القضاء به فلماذا يحبس حتى يحجى بها
 ويردها على صاحبها . فان قال الغاصب قد ماتت أو قد بعته ولا أقدر عليها تلوم القاضي
 في ذلك زماناً ولم يعجل بالقضاء بالقيمة لان بقضائه يتحول الحق من العين الى القيمة
 وفيه نوع ضرر على صاحبها فبين الملك مقصود لصاحبها كمايتها وربما يتعلل الغاصب بذلك
 لتسلم العين عند أداء القيمة فلماذا لا يعجل بالقضاء بها وليس لمدة التلوم مقدار بل يكون ذلك
 موكولاً الى رأى القاضي لان نصب المقادير بالرأى لا يكون ^(٢) وهذا اتلوم اذا لم يرض
 المغموب منه بالقضاء بالقيمة له فأما اذا رضى بذلك أو تلوم له القاضي فلم يقدر على الجارية
 فان اتفقا في قيمتها على شيء أو أقام المغموب منه البينة على ما يدعى من قيمتها قضى له القاضي
 بذلك وان لم يكن له بينة فالقول قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو
 منكر لها فان استحلف فشكل كان نكوله بمنزلة اقراره بما يدعيه المالك وان حلف قضي
 له بما أقربه الغاصب لان ما زاد على ذلك اتقى عنه يمينه ما لم يقيم المالك حجة عليه . فان
 ظهرت الجارية بعد ذلك فان كان القضاء بالقيمة بالبينة أو بالنكون أو بالاقرار من الغاصب
 بما ادعى المالك فالجارية له لا سبيل للمغموب منه عليها وان كان القضاء بالقيمة بزعم الغاصب
 بعد ما يحلف بخير المغموب منه فان شاء استردها ورد ما قبض على الغاصب وان شاء

أمسك تلك القيمة ولا سبيل له عليها . قال الكرخي رحمه الله هذا اذا كانت قيمتها بحد
ما ظهرت أكثر مما قال الغاصب فأما اذا كانت قيمتها مثل ما قال الغاصب فلا خيار له في
استردادها لانه يوفر عليه بدل ملكه بكماله . وفي ظاهر الرواية الجواب مطلق وهو
الصحيح لانه لم يتم رضاه بزوال ملكه عن العين اذا لم يعط ما يدعيه من القيمة وثبوت
الخيار له لانعدام تمام الرضا من جهته وذلك لا يختلف باختلاف قيمتها فقد لا يرضي
الانسان بزوال العين عن ملكه بقيمته وهذا كله مذهبنا . أما عند الشافعي رحمه الله تعالى
فالجارية باقية على ملك مولاه فيستردها اذا ظهرت ويرد ما قبض من القيمة (وبعض)
المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله يقول سبب الملك عندنا يقرر الضمان على الغاصب لكيلا
يجمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وهو معنى قولهم المضمونات تملك بال ضمان
ولكن هذا غلط لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب
وسلم الكسب له (وبعض) المتأخرين رحمهم الله يقول الغصب هو السبب الموجب للملك
عند أداء الضمان وهذا أيضا وهم فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب
للاصباح حقيقة ولهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هو السبب للملك اكان اذا تم له
الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة كالمبيع الموقوف اذا تم بالا جازة يملك المشتري
المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة فالغصب هو عدوان
محض والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ولا يصح أن يجعل
العدوان المحض سبباً له فانه ترغيب للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به ولا يجوز اضافة
مثله الى الشرع فالاسلم أن يقول الغصب موجب رد العين ورد القيمة عند تعذر رد العين
بطريق الجبران مقصوداً بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لاحكام
ثابتاً بالغصب مقصوداً ولهذا لا يملك الولد لان الملك كان شرطاً للقضاء بالقيمة والولد غير
مضمون بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس يتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الزيادة المتصلة
فانه تبع محض والكسب كذلك بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً وثبوت الحكم في التبع كثبوته
في الاصل سواء ثبت في المتبوع مقصوداً بسببه أو شرطاً لغيره . وجه قول الشافعي رحمه الله
الاستدلال بقوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض
منكم) فالله تعالى جعل أكل مال الغير قسمين قسم بالباطل وقسم بالتجارة عن تراض وهذا

ليس بتجارة عن تراض فيكون أكلًا بالباطل والمعنى فيه أن الغصب عدوان محض لأنه ليس فيه شبهة الإباحة بوجه ما فلا يكون موجبًا للملك كالقتل . وتأثيره ما قلنا أن الملك حكم مشروع فيستدعى سببا مشروعًا والعدوان المحض ضد المشروع فأدنى درجات المشروع أن يكون مرضيًا به وأن يكون مباحًا والعدوان المحض ضده ولا يجوز أن يثبت الملك بضمان القيمة لأن هذا ضمان جبران فيكون بمقابلة الفئات بالغصب والفئات بالغصب يد المالك لا ملكه * ففرقنا أن هذا الضمان بمقابلة النقصان الذي حل بيد الغاصب لا أن يكون بدلا عن العين ولهذا قاتم لو هشم قلب فضة لأنسان وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم افترقا من غير قبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين كان صرفا فيبطل بالافتراق من غير قبض ولما ثبت أن هذا الضمان بطريق الجبران فلا يكون الجبران بتفويت ما هو قائم بل هو باحياء ما هو فائت وملكه في العين كان قائما فلو جعلناه زائلا بالقضاء بالقيمة له كان هذا تفويتا لجبرانا ولو كانت القيمة بدلا عن العين فهو حلف يصار إليه عند وقوع اليأس عن رد العين ومثل هذا الحلف يسقط اعتباره عند ظهور العين كما لو قلع سن انسان فاستوفى به حولا كاملا ثم قضى له بالارش فقبض ثم نبت سنه يلزمه رد المقبوض من الارش بهذا المعنى واعتمادهم على فصل المدبر . وبهذا يتضح جميع ما قلنا فان الغصب يتحقق في المدبر وسبب الملك عندكم لا يتحقق في المدبر وبقضاء القاضي بالقيمة لا يزول عن ملكه ولو كان شرط القضاء بالقيمة انعدام ملكه في العين أو كانت العين بدلا عن العين لما قضى القاضي بها في محل لا يتحقق فيه هذا الشرط وان تم بقضاء القاضي ينبغي أن يزول ملكه عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر * وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشاة المغصوبة المصلية أطعموها الاسارى فقد أمرهم بالتصدق بها ولو لم يملكوها لما أمرهم بالتصدق بها لان التصديق بملك الغير اذا كان ماله ملكه معلوما لا يجوز ولا يكن يحفظ عليه عين ملكه فان تعذر ذلك يباع ويحفظ عليه ثمنه . والمعنى فيه أن الغصب الموجب للضمان يختص بمحل هو مال متقوم فيثبت الملك به اذا أمكن كالبيع والصلح * وبيان الوصف أن غصب الحر لا يتحقق موجبا للضمان لأنه ليس بمال وكذلك غصب الخمر من المسلم لأنه غير متقوم وتأثيره أن اختصاص السبب بمحل لا يكون إلا لاختصاصه بحكم يختص بذلك المحل فالمحل الذي هو مال متقوم يختص بصحة التملك فيه فلما اختص الغصب الموجب للضمان به عرفنا أنه انما يختص بهذا الحكم فان الفعل الذي

هو عدوان محض وازالة اليد المحترمة لا تختص بمحل هو مال متقوم ثم حقيقة المعنى ان الضمان الواجب علي الغاصب بدل العين . ألا ترى انه يقوم العين به وأنه يسمى الواجب قيمة العين ويتقدر بمالية العين ولان الضمان بمقابلة ما هو المقصود ومقصود صاحب الدراهم عين الدراهم لا امتلاء كيسه بها فعرفنا أن الضمان بدل العين وانما يقضى بها جبرانا والجبران يستدعي الفوات لا محالة لانه انما يجبر الفات دون القائم فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملكه في العين فيكون جبرانا لما هو فائت وما لا يمكن اثباته الا بشرط فاذا وقعت الحاجة الي اثباته يقدم شرطه عليه لا محالة كما اذا قال لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتقه يقدم التملك منه علي نفوذ العتق منه ضرورة كونه شرطاً في المحل الا أن يكون قوله أعتقه عنى سبباً للتمليك مقصوداً * اذا تقرر هذا تبين أنه انما يثبت بالعدوان المحض ما هو حسن مشروع به وهو القضاء بقيمة جبرانا لحقه في الفات ثم انعدام الملك في العين لما كان من شرطه هذا المشروع يثبت به ويكون حسناً بجنسه ولهذا لا يشترط التقابض لان شرط التقابض فيما هو سبب للملك مقصوداً الا فيما يثبت شرطاً لغيره كما لا يشترط القبول في قوله أعتق عبدك عنى على ألف درهم لان شرط القبول في سبب ملك مقصود لا فيما هو شرط لغيره ولهذا قلنا ان المقصوب وان كان هالكا عند القضاء بقيمة يصير مملوكاً للغاصب لان الهالك مما لا يقبل التملك مقصوداً بسببه لا شرطاً لغيره وكذلك يقول اذا أخذ القيمة بزعم الغاصب فالعين لا تبقى علي ملكه ولكن يتخير عند ظهوره لعدم تمام الرضى به كالمشترى اذا وجد بالبيع عيباً (فاما) المدبر ففي تخريبه طريقان * أحدهما ان هناك لا يقول ببقاء العين علي ملكه بعد تقرر حقه في القيمة بل يجعل رائلاً عن ملكه لتحقيق هذا الشرط ولهذا لم يظهر المدبر بعد ذلك وظهر له كسب فذلك الكسب يكون للغاصب دون المقصوب منه الا انه اذا ظهر المدبر يعاد اليه صيانة لحق المدبر فان حق العتق ثبت له بالتدبير عندنا * الثاني أن في المدبر القيمة ليست ببديل عن العين لان ما هو شرطه وهو انعدام الملك في العين متعذر في المدبر فيجعل هذا خلفاً عن النقصان الذي حل بيده ولكن هذا عند ضرورة في كل محل يمكن اتحاد الشرط لا لتحقيق الضرورة فيجعل بدلاً عن العين واذا تعذر اتحاد الشرط يجعل خلفاً عن النقصان الذي حل بيده * ونظيره فصلان . أحدهما ضمان العتق فانه بمقابلة العين في كل محل يمكن اتحاد الشرط وهو تملك العين وفيما لا يحتمل

اتحاد هذا الشرط كالمدير وأم الولد عندهم لا يجعل بدلا عن العين وكذلك ضمان الصلح
فانه اذا أخذ القيمة بالتراضي كان المأخوذ بدلا عن العين في كل محل يحتمل تملك العين
وفي كل محل لا يحتمل تملك العين يحتمل المأخوذ بمقابلة الجناية التي حلت بيده وكذلك
اذا أخذ القيمة بقضاء القاضي وفيما يلي من الآية بيان أن الاكل بالتجارة عن تراض جائز
لا أن يكون الجواز مقصودا عليه ثم معنى التجارة عن تراض يندرج هنا من وجهه فان
المالك هنا متمكن من أن يصبر حتى تظهر العين فيأخذها حين طالب بالقيمة مع علمه أن
من شرطه انعدام ملكه في العين فقد صار راضيا بذلك لان من طلب شيئا لا يتوصل اليه
الا بشرط كان راضيا بالشرط كما يكون راضيا بمطلوبه ﴿رجل﴾ غصب من رجل جارية
فوطئها فولدت منه ثم حضر صاحبها فادعاه ولم يكن له بينة فأقر له بها ذو اليد لم يصدق
عليها ولا على ولدها لان حق أمية الولد لها وحقيقة الحرية للولد ثبتت من حيث الظاهر
فان من في يده شيء فالظاهر انه ملكه ولهذا لو نازعه غيره فيه كان القول قوله فلا يصدقه
في ابطال حقها ولكنه مصدق فيما يقربه علي نفسه وقد أقر أنها كانت مغصوبة في يده وأنه
ضامن لقيمتها عند تعذر رد عينها وقد تعذر رد العين بفعله فلمذا يلزمه قيمتها للمقر له ﴿قال﴾
ولا يضمن قيمة الولد ولم يتعرض للعقر وذكر المسئلة في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما
الله علي ان قول زفر يضمن قيمة الولد والعقر وعلى قول أبي يوسف لا يضمن ذلك . وجه
قول زفر انه أقر بوجوب المقر عليه لانه يزعم أنه وطئها وهي مغصوبة في يده والوطء
في ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد بشبهة فيجب العقر وكذلك إن
أقر أن الولد ملك المقر له وقد احتبس عنده بفعله كالام فيضمن قيمته لان الغاصب يضمن قيمة
الولد بالمبيع أو يجعل هذا بمنزلة المغرور وولد المغرور حر بالقيمة وعلي المغرور عقرها للمستحق
فهذا مثله . وجه قول أبي يوسف ان ما يلزمه من الضمان انما يلزمه باقراره وهو ما أقر بوجوب
العقر عليه انما أقر بوجوب الحد عليه لان وطء الجارية المغصوبة يوجب الحد علي الغاصب
دون العقر وكذلك ولد المغصوبة لا يكون مضمونا علي الغاصب الا بمنع منه ولم يوجد ذلك
منه في الولد وانما امتنع رده لحرية شرعافه كما لو امتنع رده بموته فعرفنا انه ما أقر علي نفسه
بوجوب العقر ولا بوجوب قيمة الولد فلا يلزمه ذلك فان كان المدعي أقام البينة انها جاريته
غصبها هذا منه قضى له بها وبولدها لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولم يذكر العقر

وينبغي أن يقضى له بالمقر لان ذا اليد لما أنكر فقد صار انكاره شبهة في اسقاط الحد عنه وقد أثبت بالبينة أنه وطئ ملك الغير فيلزمه العقر فان لم يقل الشهود غصبها ولم يقر الذي هي في يديه واكنه قال اشتريتها من فلان فاردت أن يقضى بالجارية للذي أقام البينة هل يستحلفه بالله ما بعته ولا أذنت له فيه ولم يدع ذو اليد شيئا من ذلك **قال** لا يستحلفه علي شيء من ذلك إلا أن يدعي الذي هي في يديه لان القاضي نصب لفصل الخصومات لا تهيجها ولان الاستحلاف يترتب علي دعوى صحيحة فان لم يدع ذو اليد ذلك فلا معنى للاستحلاف واذا ادعاه فحينئذ يستحلف لأنه يدعي عليه ما لو أقر به لزمه (وروى) عن أبي يوسف رحمه الله ان القاضي يستحلفه وان لم يطلب ذو اليد ذلك صيانة لقضاء نفسه . وان أقام الذي هي في يديه البينة علي تسليمه المبيع أخذرب الجارية الثمن من البائع لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ولان اجازة البيع في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء فان تصادق الأول والجارية علي انه كان أعتقها قبل هذا البيع لم يصدقا علي ذلك لانها صارت مملوكة للمشتري بما أثبت من البيع واجازة المالك بالبينة فلا يصدقان علي ابطال ملكه ولكن ان أقامت الجارية البينة ان الأول كان أعتقها قبل أن يشتريها هذا فانها تمتق لانها أثبتت حريتها باعتراف من كان يملكها بالحجة ثم يتبين بطلان البيع فيرجع المشتري علي البائع بالثمن وعلي المشتري العقر للجارية لانه وطئها بشبهة الملك وهي حرة والولد ولده بغير قيمة لان الولد يتبع الام في الحرية وقد ثبتت حريتها بالبينة فينفصل الولد عنها حراً بذلك السبب لا بالغرور فلماذا لا يفرم قيمة الولد ولو اشترى جارية فولدت له ثم جاء أخوه فأقام البينة ان الجارية له قضيت بهالة وبقية الولد والعقر لان حرية الولد هنا بسبب الغرور لا بسبب ملك الاخ لانه انما يمتق ابن الاخ علي عمه بعد تملكه وهنا الولد كان حراً الاصل فلم يدخل في ملك المدعي حتى يجمل عتقه بسبب القرابة * واذا ثبت أن حرية الولد بسبب الغرور فولد المغرور حر بالقيمة به قضى عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما ويرجع المشتري علي البائع بالثمن وقيمة الولد لاجل الغرور ولا يرجع بالعقر لانه انما لزمه بما نال من لذة الوطء فلا يرجع به علي غيره **رجل** غصب جارية أو شاة أو بقرة فولدت ولداً ثم ذبح الولد أو باعه أو استخدمه حتى اذا مات من ذلك فعليه ضمان قيمته يوم مات لان الولد كان أمانة عنده وقد ألتفه بالذبح أو الاستخدام حتى مات منه وصار متمديا عليه بالبيع

والتسليم فيضمن قيمته كالمودع اذا فعل ذلك بالوديعة وان لم يصنع شيئا من ذلك ولكن الام ماتت فله ان يضمنه قيمة الام يوم غصبها ويأخذ الاولاد لان الملك في الام يثبت للغاصب شرعا لتقرر الضمان عليه وذلك غير متعمد الى الولد فان الثابت بالضرورة لا يمدوم وضع الضرورة لان اصل السبب للضمان هو الغصب ووجوبه حقيقة بموت الام فاما قبل موتها الواجب رد المين فالملك يثبت به كذلك وتبين ان وقت الغصب انما يثبت له حكم الملك لا حقيقة الملك وذلك يكفي لسلامة الكسب دون الولد لحكم الملك الثابت للمكاتب بالكتابة حتى ان كسبه لا يكون مملوكا للمولى وولده يكون مملوكا له ينفذ عتقه فيه رجل غصب جارية قيمتها ألف درهم فصارت قيمتها ألفين ثم قتلها رجل خطأ فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الغاصب ألف درهم في ماله حالا وان شاء اتبع عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين لان كل واحد منهما جان في حقه فله الخيار في التضمين فان ضمن الغاصب فانما يضمنه باعتبار الغصب فينظر الى قيمتها عند ذلك وضمان الغصب يجب حالا على الغاصب لان وجوبه باعتبار المالية ثم الغاصب يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم مؤجلا في ثلاث سنين لان الغاصب يملك بالضمان فيظهر ان القاتل جان على ملكه فلهذا يرجع على عاقلة القاتل بألفي درهم في ثلاث سنين اولان المالك لما ضمنه فقد أقامه مقام نفسه في الرجوع على عاقلة القاتل وهو لو اختار الرجوع عليهم أخذ منهم ألفي درهم قيمتها وقت القتل في ثلاث سنين لان الواجب باعتبار القتل بدل النفس فيكون على العاقلة مؤجلا فكذلك الغاصب يرجع عليهم بهذه الصفة ثم يسلم له مما يقبض الف قدر ما ضمن ويتصدق بالالف الاخرى لانه حصل له بكسب خيبت وهو الغصب المتقدم ولانه ربح حصل لا على ملكه فيلزمه التصديق به كالربح الحاصل لا على ضمانه فان كانت قيمة الجارية يوم غصبها عشرة آلاف درهم ويوم قتلها القاتل كذلك فولاها بالخيار ان شاء ضمن الغاصب عشرة آلاف درهم في ماله حالة بسبب الغصب وان شاء ضمن عاقلة القاتل خمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم في ثلاث سنين بسبب القتل لان الواجب بهذا السبب بدل النفس وبدل نفس الامة لا يزيد على خمسة آلاف كبديل نفس الحرة وينقص للرق من ذلك عشرة دراهم وفي رواية خمسة فان ضمن الغاصب يرجع الغاصب على عاقلة القاتل بخمسة آلاف درهم الا عشرة دراهم اما لانه قائم مقام المغصوب منه اولانه ظهر ان جنائية القاتل كانت على ملكه فان كانت الجارية هي التي قتلت رجلا خطأ أخذها مولاها

ودفعها أو فداها لأنها بعد الغصب باقية على ملك مولايها وموجب جناية المملوك أن يخير مولايها بين الدفع والفداء وأي ذلك فعل رجع على الغاصب بالاقبل من قيمتها ومن الفداء لأن ذلك إنما لزمه بسبب كان منهافي يد الغاصب وجناتها في ضمان الغاصب كجناية الغاصب عليها ولأن الرد لم يسلم حين استحققت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب فكانه لم يردّها فيرجع عليه بقيمتها إلا أن يكون الفداء أقل من القيمة فحينئذ يرجع بالاقبل لأنه في التزام الزيادة على الأقل مختار فإنه كان يتخلص باختيار الأقل فإن كانت ماتت عند الغاصب بعد الجناية أخذ المولى قيمتها من الغاصب بسبب الغصب في دفعها إلى أولياء الجناية لأنها كانت مستحقة لهم بالجناية وقد فاتت واختلفت بدلا فيستحقون بدلها باستحقاقها وإذا دفع القيمة إليهم رجع بها على الغاصب مرة أخرى لأن المقبوض استحق من يده بسبب كان عند الغاصب ولأن استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استردها ودفعها بالجناية رجع على الغاصب بقيمتها فكذلك إذا استرد قيمتها ودفعها بالجناية ﴿ رجل ﴾ غصب دار رجل وسكنها فإن انهدمت من سكنه أو من عمله فهو ضامن لذلك لأنه متلف لما انهدم بفعله والاتلاف يتحقق في العقار كما في المنقول وإن انهدمت من غير عمله فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق عندهما في العقار والحكم ينبني على السبب وأصل المسئلة لأن العقار لا يضمن بالغصب في القياس وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهم الله وفي الاستحسان يضمن وهو قول أبي يوسف الأول ومحمد والشافعي رحمهم الله . حجبتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من غصب شبرا من أرض طوّه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين فقد أطلق النبي صلى الله عليه وسلم لفظ الغصب على العقار وكذلك من حيث العرف يقال غصب دار فلان ومن حيث الحكم دعوى الغصب في العقار تسمع حتى لا يندفع بأقامة ذي اليد اليقينة على أن يده يد أمانة وإذا ثبت أن الغصب يتحقق فيها يترتب عليه حكمه والمعنى فيه . أما الشافعي رضي الله تعالى عنه يقول العقار يملك بالاستيلاء يداً فيضمن بالغصب يداً كالمقول * ويبار الوصف أن الغزاة إذا فتحوا بلدة يملكون عقارهم وتأثيره ما بينا على أصله أن حد الغصب التعمد بإثبات اليد لنفسه على مال الغير بغير حق وذلك يتحقق في العقار والمنقول جميعا ومحمد يقول العقار يضمن بالعقد الجائر والفساد فيضمن بالغصب كالمقول . وتحقيقه هو أن

وجوب ضمان الغصب يعتمد تقويت يد المالك بالنقل ولكن فيما يتأتى ذلك فيه فأما فيما لا يتأتى يقام غيره مقامه لاثبات الحكم وهو الاستيلاء بأقصى ما يمكنه بالسكنى واخراج المالك عنه كما ان شرط صحة الدعوى والشهادة الاشارة الى العين في المنقول الذى يمكن احضاره ثم في العقار لما تعذر ذلك يقام ذكر الحدود مقامه وشرط تمام الهبة القبض بمد القسمة فيما يتأتى فيه القسمة ثم فيما لا يحتمل القسمة تقام التخلية مقامه ولهذا سماه استحسانا ولا معنى لقولكم ان فعله في المالك هنا يمنع من أن يدخل ملكه فيسكن لان ما هو المقصود بتقويت اليد وهو فوت منفعة الملك وثمراته عليه يحصل بهذا ويجوز اقامة فعله في غير المضمون مقام فعله في المضمون في ايجاب الضمان كخافر البئر في الطريق فعله في الارض دون المار ثم يحمل ذلك قائما مقام فعله في المار الواقع في البئر في ايجاب الضمان عليه فهذا مثله أو أقوى منه * وحجتنا في ذلك الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم بين جزاء غاصب العقار الوعيد في الآخرة ولم يذكر الضمان في الدنيا فذلك دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان الضمان واجبا لكان الاولى أن يبين الضمان لان الحاجة اليه أمس واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق الغصب فيه موجبا للضمان لان في لسان الشرع حقيقة ومجازا . ألا ترى أنه أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حرا وهذا لا يدل على أن البيع الموجب لحكمه حقيقة يتصور في الحر . وكذلك في عرف اللسان حقيقة ومجازا ألا ترى أنهم يطلقون لفظ السرقة على العقار كما يطلقون لفظ الغصب وقد ورد الشرع بذلك أيضا ثم لا يتحقق في العقار السرقة الموجبة لحكمها على أنا نقول يتحقق أصل الغصب في العقار ولكن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق لانه مما لا ينقل ولا يحول . وبيان هذا أن الضمان انما يجب جبرانا للفئات من يد المالك ولا يتحقق تقويت اليد عليه بفعل في المال بدون النقل والتحويل لان يد المالك متى كانت ثابتة على ماله في مكان تبقى مايقبى المال في ذلك المكان حكما الا أن ينقله الى غيره بمباشرة سببه ومن حيث الحقيقة الغاصب وان سكن الدار فالمالك متمكن من أن يدخل فيسكن فان منعه فذلك فعل في المالك لافي الملك وفعله في المالك لا يفوت يده عن المال فلا يكون سببا للضمان كما لو حبس المالك حتى تلفت مواشيه ولهذا لا يضمن المنقول بالتخلي به قبل النقل فكذلك العقار واقامة الشيء الآخر مقام السبب الموجب للحكم طريق فيما يأذن الشرع فيه أن يوجه

الحكم فأما الغصب لا يأذن الشرع فيه والحكم يمنع منه فكيف يثبت بأقامة غيره مقامه
 حكماً وإنما ان صادف الفعل محلاً يتحقق فيه يثبت حكمه وان صادف محلاً لا يتحقق
 فيه لا يثبت الحكم كمن زنى برتقاء وأتى بما في وسعه من المعالجة لا يلزمه الحد وان قضى
 شهوته لان ما هو حد فعل الزنا لا يتحقق في هذا المحل فلا يشتغل بأقامة غيره مقامه
 ولا ينظر الى تحصيل المقصود وبه فارق ضمان العقد لان ذلك يوجب الحكم فيجوز
 اثباته بطريق حكمي والعقد الفاسد معتبر بالجائز لان الفاسد لا يمكن أن يجعل أصلاً في
 معرفة حكمه فان الشرع لا يرد بالعقد الفاسد وكذلك ذكر الحدود في الدعوى والشهادة
 يجوز أن تقوم مقام الإشارة في التعريف لان ذلك مما يوجب الحكم ويأذن فيه الشرع
 وكذلك القبض في باب الهبة فان الشرع يأذن فيه فيصار الى ايجاده بطريق التمكن
 ولو كان ما قال محمد رحمه الله تعالى من اقامة الفعل في المالك مقام الفعل في المال صحيحاً
 لكان الاولى أن يصار اليه في المنقول لان الحاجة الى حفظ المنقول باليد أظهر منه الى
 حفظ العقار ولا يوجب الضمان علي الخافر بالطريق الذي قال بل بأقامة الشرط مقام السبب
 لما تعذر تعليق الحكم بالسبب وهو ثقله في نفسه ومسببه اذا كان لا يعلم والخافر أوجد
 شرط الوقوع بازالة السكة . واقامة الشرط مقام السبب عند تعذر تعليق الحكم بالسبب أصل
 في الشرع والاتلاف بهذا الطريق يتحقق فأما هنا الفعل في المالك ليس بشرط ولا سبب
 ولا يتحقق به تقويت اليد الثابتة حكماً ألا ترى أن هناك مع ان الاتلاف يتحقق من
 الخافر بالمباشرة بان يلقيه في البئر يقام الخفر مقامه وهنا فيما يتأتى الفعل حقيقة لا يقام الفعل
 في المالك مقام الفعل في المال * ولا يدخل على هذا ما قاله في الزيادات اذا وهب لرجل
 داراً بما فيها من الامتعة فهلك الامتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ثم استحققت فللمستحق
 أن يضمن الموهوب له لان في جواب تلك المسئلة نظراً فقليل هو مذهب محمد وقيل
 لا يستقيم على أصل محمد أيضاً لانه يوافقنا في المنقول انه لا يضمن قبل النقل وقد نص عليه
 في السير الكبير (ثم) العذر ان الواهب نقل يده الى الموهوب له ويد الواهب في الامتعة
 كانت مفقوتة ليد المالك فانتقلت بصفقتها الى الموهوب له * فان قيل * أليس انه لو اشترى
 منقولاً وحل بينه فهلك قبل النقل ثم جاء مستحق فليس له أن يضمن المشتري وهذا المعنى
 موجود فيه * قلنا * لا كذلك فالبيع يوجب الملك واليد للمشتري فلا يجعل يده كيد

البائع فأما الهبة لا توجب التسليم الى الموهوب له فيستقيم أن يجعل الواهب بالتسليم محولا يده الى الموهوب له وبهذا الطريق للمالك أن يضمن غاصب الغاصب أيضا لانه حول الى نفسه يد الغاصب الاول وهى يد مفوتة ليد المالك فتحول اليه بصفته * وأشار في الكتاب الى حرف آخر فقال ﴿ لو دخل دار رجل بغير اذنه فسقط منها حائط لم يضمن ولو ركب دابة فعطبت أو لبس ثوبا فاحترق كان ضامنا ﴾ ومعنى هذا أن العقار لو كان يضمن بالاستيلاء لكان يضمن باول أسبابه وهو الدخول كالمثول ولكن عذر محمد عن هذا واضح لان الضمان انما يجب بأثبات اليد بطريق الاستيلاء وذلك بالدخول لا يحصل انما يحصل بالسكنى ألا ترى ان من ادعى دارا بالميراث فشهد الشهود ان أباه دخل هذه الدار فمات فيها لم يستحق بها شيئا ﴿ ولو شهدوا انه مات وهو ساكن هذه الدار استحق القضاء له بها لانهم يشهدون باليد للاب عند الموت ﴾ بخلاف الثوب والدابة فبمجرد الركوب واللبس تثبت يده حتى لو شهدوا ان أباه مات وهو لا لبس هذا الثوب أو راكب هذه الدابة استحق القضاء له بها وهذا لان الملبوس تبع للابس والمركوب تبع للراكب فظهر ان الاعتماد على الفصل الاول فان كان الغاصب للدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فآقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله لانه مقبر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار. وقيد كوفي كتاب الرجوع من الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رحمه الله لان تسليطهما الغير على الدار بالشهادة كتسليط الغاصب على الدار بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم جميعا والفرق بين الفصلين لهما أن هناك اتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على الملك لنفسه لا تقبل بيئته والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة . ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضى له بها فلماذا لا يكون الغاصب ضامنا ولكن يدخل على هذا جحود الوديعة فان العقار يضمن بالجحود في الوديعة وليس فيه اتلاف الملك حتى لو أقام المالك البينة قضى له بها والاصح أن يقول جحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان

في المقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله **﴿رجل﴾** غصب عبداً أو دابة
 فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب لأن وجوبها بعقده وقد بيناه في كتاب اللقطة
 ولأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعاقبة هو الغاصب فإذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده
 مالا فكان بدله له . وفي الأصل قال قلت ولم لا يكون لصاحب العبد قال لأنه كان في ضمان
 غيره . وكأنه أشار بهذا التعليل إلى قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان حين كان
 في ضمان الغاصب فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك
 ويؤمر أن يتصدق بها لأنها حصلت له بكسب خبيث فإن مات العبد فالغاصب ضامن
 بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة لأنها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق
 به اعتباراً للجزء بالكل **﴿فان قيل﴾** القيمة دين في ذمته ومن قضى بمال الصدقة دينه فعليه أن
 يتصدق بمثله **﴿قلنا﴾** نعم ولكن اتصدق بهذا لم يكن حتماً عليه . ألا ترى أنه لو سلم الغلة إلى
 المالك مع العبد كان للمالك أن يتناول ذلك وليس على الغاصب شيء آخر فهو بما صنع
 يصير مسلماً إلى المالك ثم يصير المالك مبرئاً له عن ذلك القدر من القيمة بما يقبضه فيزول
 الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصديق بموضعه . وإن كان الغاصب باع الدابة وأخذ ثمنها
 فاستهلكه وماتت الدابة عند المشتري فضمن رب الدابة المشتري قيمتها رجع المشتري
 على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في أداء
 الثمن لأن الخبث في الغلة ما كان بحق المشتري فلا يزول بالوصول إلى يده بخلاف الأول
 فإن الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة إلى يده **﴿قال﴾** إلا أن يكون عند الغاصب ما يؤدي
 به الثمن فلا بأس حينئذ أن يؤدي من الغلة لأنه محتاج إلى تفرغ ذمته وتخليص نفسه عن
 الحبس وحاجته تقدم على حق الفقراء فإذا أصاب بعد ذلك مالا تصدق بمثله إن كان استهلك
 الثمن يوم استهلكه وهو غني عنه وإن كان محتاجاً يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق
 بشيء من ذلك لأن وجوب الضمان عليه باعتبار استهلاك الثمن وإن استهلك الغلة مكان
 الثمن فإن كان محتاجاً فليس عليه أن يتصدق بشيء منه وإن كان غنياً فعليه أن يتصدق بمثله
 فكذلك في استهلاك الثمن وإنما قلنا ذلك لأن حق الفقراء في هذا المال بمنزلة حقهم في اللقطة
 على معنى أن له أن يتصدق وله أن يردها على المالك إن شاء (ثم) الملتقط إذا كان محتاجاً فله
 أن يصرف اللقطة إلى حاجة نفسه بخلاف ما إذا كان غنياً فكذلك حكم هذه الغلة وليس على

الغاصب في سكنى الدار وركوب الدابة أجره وعمل فقال (لانه كان ضامنا) ومعنى هذا ان
 ضمان العين باعتبار صفة المالية والتقوم والمالية والتقوم في العين باعتبار منفعته ولهذا تختلف
 قيمة العين باختلاف منفعتها فاذا اعتبرت المنفعة لايجب ضمان العين لايمكن اعتبارها
 لايجب ضمانها مقصودا والمنفعة كالكسب وقد بينا في الكسب ان الخراج بالضمان
 فكذلك في المنفعة ولكن هذا التعليل يتقاعد في الدار فان الساكن غير ضامن للدار عند
 ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله . والاصح بناء هذه المسئلة على الاصل المتقدم فان
 المنافع زوائد تحدث في العين شيئا فشيئا وقد بينا ان زوائد المنصوب لا يكون مضمونا على
 الغاصب عندنا ويكون مضمونا له عند الشافعي رضي الله عنه فكذلك المنفعة ولان الغصب
 الموجب للضمان عنده يحصل باثبات اليد واليد على المنفعة تثبت كما تثبت على العين وعندنا
 لا يتحقق الا بيد موفوة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع لانها لا تبقى وقتين فلا يتصور
 كونها في يد المالك ثم انتقالها الى يد الغاصب حتى تكون يده موفوة ليد المالك فلهذا
 لا يضمن المنافع بالغصب عندنا * فاما الاتلاف فيقول عندنا المنافع لا تضمن بالاتلاف بغير
 عقد ولا شبهة عقد وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه تضمن ومنفعة الحر في ذلك سواء
 حتى لو استسخر حرا واستعمله عنده يضمن اجر مثله وعندنا يأنم ويؤدب على ما صنع
 ولكنه لا يضمن شيئا وجه قول الشافعي رضي الله تعالى عنه ان المنفعة مال متقوم فيضمن
 بالاتلاف كالعين ويبان الوصف ان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا به مما هو عندنا
 والمنافع منافع من غيرنا بهذه الصفة وانما تعرف مالية الشيء بالتقول والناس يعتادون قول
 المنفعة بالتجارة فيها فان اعظم الناس تجارة الباعة ورأس مالهم المنفعة وقد يستأجر المرء جملة
 ويؤجر متفرقا لا بتغاء الربح كما يشتري جملة ويبيع متفرقا وولى الصبي يستأجر له بماله فيصح
 منه وبهذا تبين ان المنافع في المالية مثل الأعيان والمنفعة تصلح ان تكون صداقا وشرط
 صحة التسمية ان يكون المسمى مالا وهكذا يقوله في منافع الحر انه مال يضمن بالاتلاف
 الا أنه اذا حبس حرا لا يضمن منفعته لانه لم يوجد من الحابس اتلاف منفعته ولا اثبات
 يده عليه بل منافع الحبوس في يده كثياب بدنه وكما لا يضمن ثياب بدنه بالحبس فكذلك
 منفعته ولئن لم تكن المنفعة مالا فهي متقومة لانها تقوم الأعيان فيستحيل ان لا تكون
 متقومة بنفسها ولانها تملك بالمقد ويضمن به صحيحا كان العقد أو فاسدا وانما يملك بالعقد

ماهو متقوم فيضمن بالاتلاف وان لم يكن مالا كالنفوس والابضاع وبفضل العقد الفاسد
 يتبين المماثلة بين العين والمنفعة في المالية لأن الضمان بالعقد الفاسد يتقدر بالمثل شرعا كما
 بالاتلاف وهذا بخلاف رائحة المسك فان من اشتم مسك غيره لا يضمن شيئا لان الرائحة
 ليست بمنفعة ولكنها بخار يفوح من العين كدخان الخطب ولهذا لا يملك بعقد الاجارة حتى
 لو استأجر مسكا ليشمه لا يجوز ولا يضمن بالعقد أيضا صحيحا كان أو فاسدا . وحجتنا في
 ذلك حديث عمر وعلى رضي الله عنهما فانهما حكما في ولد المغرور أنه حر بالقيمة وأوجبا على
 المغرور رد الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان يستخدمها ومع
 طلب المدعى بجميع حقه فلو كان ذلك واجبا له لما حل لهما السكوت عن بيانه وبيان العقر
 منهما لا يكون بيانا لقيمة الخدمة لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين ولهذا يتقوم
 عند الشبهة بخلاف المنفعة والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقوم فلا تضمن بالاتلاف
 كالخروا الميته . وبيانه أن صفة المالية للشيء انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره
 لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى قوين ولكنها اعراض كما تخرج من حيز العدم الى حيز الوجود
 تتلاشي فلا يتصور فيها التمول ولهذا لا يتقوم في حق الغرماء والورثة حتى ان المريض اذا
 اعان انسانا بيديه أو أعاره شيئا فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة من الثلث وهذا لان
 المتقوم لا يسبق الوجود فان المعدوم لا يوصف بأنه متقوم اذ المعدوم ليس بشيء وبعد الوجود
 التقوم لا يسبق الاحراز والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فكيف يكون
 متقوما وعلى هذا نقول الاتلاف لا يتصور في المنفعة ايضا لان فعل الاتلاف لا يحل المعدوم
 وبعد الوجود لا يبقى لحله فعل الاتلاف واثبات الحكم بدون تحقق السبب لا يجوز فأما بالعقد
 يثبت للمنفعة حكم الاحراز والتقوم شرعا بخلاف القياس وكان ذلك باعتبار اقامة العين المنتفع
 به مقام المنفعة لاجل الضرورة والحاجة ولا تتحقق مثل هذه الحاجة في العدوان فتبقى الحقيقة
 معتبرة وباعتبارها ينعدم انتقوم والاتلاف وفي الصداق واستتجار الولي انما يظهر حكم
 الاحراز والتقوم بالمقد للحاجة والمال اسم لما هو مخلوق لا اقامة مصالحنا به ولكن باعتبار صفة
 التمول والاحراز وكما تتفاوت قيمة العين بتفاوت المنفعة تتفاوت قيمة الطيب بتفاوت الرائحة
 ولم يدل ذلك على كونه مالا متقوما ولئن سلمنا أن المنفعة مال متقوم فهو دون الاعيان في
 المالية وضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص ألا ترى أن المال لا يضمن بالنسبة والدين لا يضمن

بالعين لانه فوقيه كذلك المنفعة لا تضمن بالعين * وبيان هذا الكلام ان المنفعة عرض يقوم
 بالعين والعين جوهر يقوم به العرض ولا يخفى على احد التفاوت بينهما والمنافع لا تبقى وقتين
 والعين تبقى أوقاتا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم والعين لا تضمن بالمنفعة قط ومن
 ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له ايضاً والمنفعة لا تضمن بالمنفعة
 عند الاتلاف حتى ان الحجر في خان واحد على تقطيع واحد لا تكون منفعة احدهما
 مثلاً للمنفعة الأخرى عند الاتلاف . والمائلة بين المنفعة والمنفعة أظهر من المائلة بين العين
 والمنفعة وبهذا فارق ضمان العقد فانه غير مبني على المائلة باعتبار الاصل بل على المراضاة
 وكيف يبنى على المائلة والمقصود بالمقد طلب الربح (ثم) ضمان العقد مشروع وفي المشروع
 يعتبر الوسع والامكان ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي فاسداً كان العقد أو جائزاً فيسقط
 اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد . فأما الاتلاف فمحظور
 غير مشروع وضمانه مقدر بالمثل بالنص فلا يجوز ايجاز الزيادة على قدر المتلف بسبب
 الاتلاف (فان قيل) يسقط اعتبار هذا التفاوت لدفع الظلم والزجر عن اتلاف منافع أموال
 الناس ولان المتلف عليه مظلوم يسقط حقه اذا اعتبر هذا التفاوت ومراعاة جانب المظلوم
 أولى من مراعاة جانب الظالم من ان هذا التفاوت بزيادة وصف لو لم نعتبره سقط به حق
 المتلف عن الصفة ولو اعتبرناه اسقطنا حق المتلف عليه عن اصل المالية واذا لم يكن بد من
 اهدار أحدهما فاهدار الصفة أولى من اهدار الأصل (قلنا) قد اوجبنا للزجر التعزير
 والجس فأوجب الضمان للجبران فيتقدر بالمثل على وجه لا يجوز الزيادة عليه والظالم لا يظلم
 بل ينتصف منه مع قيام حرمة ماله ولو اوجبنا عليه زيادة على ما ألتف كان ذلك ظلماً مضافاً
 الى الشرع لان الموجب هو الشرع وذلك لا يجوز واذا لم يوجب الضمان لتعذر ايجاز المثل
 كان ذلك لضرورة ثابتة في حقنا وهو أننا لا نقدر على القضاء بالمثل وذلك مستقيم مع أن حق
 المظلوم لا يهدر بل يتأخر الى الآخرة . ولو اوجبنا الزيادة صارت تلك الزيادة هدراً في حق
 المتلف فيبطل حقه عنه أصلاً فكان ما قلناه من اعتبار المائلة والكف عن القضاء بالضمان
 بدون اعتبار المائلة اعدل من هذا الوجه * قال (أقام رب الدابة البينة انها نفقت عند
 الناصب من ركوبه وأقام الناصب البينة أنه قد ردها اليه وماتت في يده فعلى الناصب
 القيمة) لان رب الدابة يثبت على الناصب سبب وجوب القيمة والناصب ينفى ذلك لان

موت الدابة في يد مالكها لا يوجب الضمان على أحد واليقات للاثبات دون النفي **فإن قيل** سبب وجوب الضمان على الغاصب ظاهر فهو يثبت بينته ما يبرئه عن الضمان وهو الرد فكانت بينته أولى بالقبول **قلنا** نعم ولكن ثبوت الرد لا يمنع قبول بينة المالك على هلاكها من ركوب الغاصب لجواز أن يكون ركوبها بعد الرد فماتت من ركوبه فلهذا جعلنا بينته أولى بالقبول وكذلك لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو أنه هدم الدار وشهود الغاصب أنه ردها إليه على حالها لأن القتل بعد الرد يتحقق من الغاصب وكذلك لو هدم الدار بعد الرد يتحقق منه فيجب قبول بينة صاحبها في إثبات سبب متجدد للضمان على الغاصب لأن الغاصب بينته تنفي ذلك السبب . فأما إذا أقام صاحبها البينة أنها ماتت في يد الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه ردها فماتت في يد صاحبها فملى قول أبي حنيفة تقبل بينة صاحبها كما في الفصول المتقدمة لأن الغصب بعد الرد يتحقق فصاحبها بينته يثبت سبب ضمان متجدد وهو غصبه إياها عند الموت فيقضي له بالضمان لهذا وعند محمد رحمه الله البينة بينة الغاصب هنا لما فيها من إثبات الرد وسقوط الضمان عنه به ثم ليس في بينة صاحبها هنا إثبات سبب متجدد والظاهر أنهم إنما شهدوا بذلك لأنه خفي عليهم الرد وقد علموا الغصب فاستصحبوا ذلك وشهدوا أنها ماتت في يد الغاصب وشهود الغاصب علموا الرد وقد علموا الغصب فشهدوا به بخلاف ما سبق فإن القتل والهدم والاتلاف من الركوب سبب متجدد لا يشهدون عليه ما لم يعاينوه باعتبار علمهم بالغصب السابق **وإذا وهب** الغاصب الثوب المغصوب لرجل فلبسه حتى تحرق أو كان طعاما فأكله ثم جاء المغصوب منه وضمن الموهوب له فليس له أن يرجع بالضمان على الواهب عندنا **وقال الشافعي** رحمه الله له ذلك لأنه صار مغرورا من جهته حين أوجب الملك له بالعقد وأخبره أنه يهب ملك نفسه وأنه لا يلحقه فيه ضمان من جهة أحد والمغرور يرجع على الوارث بما يلحقه من الضمان دفعا للضرر عنه ولكننا نقول الموهوب له في القبض والاكل عامل لنفسه ومن عمل لنفسه فلحقه ضمان بسببه لا يرجع به على أحد . فأما المغرور قنا مجرد الغرور بالخبر لا يثبت له حق الرجوع كمن أخبر إنسانا أن هذا الطريق آمن فأسلكه فأخذ اللصوص ماله أو أخبره أن هذا الطعام طيب وكان مسموما فتناوله فتلف **وإنما** الغرور في عقد الضمان هو المثبت للرجوع لمعنيين (أحدهما) أن بعقد الضمان يستحق صفة السلامة عن العيب ولا عيب فوق

الاستحقاق فنفوات ما هو مستحق له ثبت له حق الرجوع فأما بعقد التبرع لا يستحق
 الموهوب له صفة السلامة ولهذا لو وجد الموهوب معيباً لا يردده بالعيب فلا يرجع بسبب
 الغرور أيضاً (والثاني) وهو ان القابض بحكم عقد الضمان عامل للمالك من وجه فانه يتقرر
 به حقه في العوض وهو الثمن فاذا لحقه ضمان بسببه يرجع به عليه فأما الموهوب له في
 القبض عامل لنفسه من كل وجه لان الواهب لم يشترط انفسه شيئاً لئلا كد ذلك بقبضه
 وعلي هذا لو وهب له جارية فاستولدها ثم جاء مستحق واستحقها وأخذها وعقرها
 وقيمة ولدها لم يرجع الموهوب له علي الواهب بشيء بخلاف ما لو كان اشتراها فان هناك يرجع
 بقيمة الولد لانه ضمن له سلامة الولد بعقد الضمان فاذا لم يسلم له يرجع عليه بما لحقه ولا يرجع
 بالعقر عندنا . وعلى قول الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر أيضاً لان البائع قد ضمن له سلامة
 الوطاء أيضاً ولكننا نقول وجب العقر بما استوفى منها وهو الذي نال تلك اللذة فلا يرجع
 بما لحقه بسببه على أحد . وعلى هذا لو أن غاصب الدابة أجرها فعطبت عند المستأجر ثم ضمنه
 المنصوب منه قيمتها يرجع بها علي الآخر ليتحقق الغرور بمباشرة عقد الضمان ولان المستأجر
 في قبضها عامل للآخر من وجه فانه يتقرر به حقه في الاجر فأما المستعير اذا ضمن قيمة الدابة
 لصاحبها لم يرجع علي أحد بالاتفاق عندنا لانعدام عقد الضمان كما بينا في الهبة وعند الشافعي
 رحمه الله لان المستعير ضامن للمعين في حق المعير فلهذا لا يرجع عليه بما يلحقه من الضمان * واذا
 اختلف رب الثوب والغاصب في قيمته وقد استهلكه الغاصب فالبينة بينه رب الثوب لما
 فيها من اثبات الزيادة والقول قول الغاصب مع يمينه اذا لم يكن لرب الثوب بينة لانكاره
 الزيادة وان أقام الغاصب بينة ان قيمة ثوبه كان كذا لم يلتفت الي بينته ولا يسقط اليمين بها
 عنه لان هذا القدر من القيمة ثابت باتفاقهما واما يدعي رب الثوب الزيادة على ذلك والشهود
 لم يترضوا لتلك الشهادة أو نفوا تلك الزيادة والشهادة على النفي لا تكون مقبولة فلهذا
 كان لرب الثوب ان يحلف الغاصب على دعواه * وفي الاصل يقول رب الثوب هو المدعي
 والغاصب هو المدعى عليه والشرع جعل البينة في جانب المدعي فقال البينة علي المدعي
 وبالألف واللام يظهر ان جنس البينة في جانب المدعي وجعل اليمين في جانب المدعي
 عليه والبينة لاتصلح بدلا عن اليمين فلا يسقط عنه اليمين بما أقام من البينة فان شهد
 رب الثوب شاهد أن قيمة ثوبه كذا وشهد آخر علي اقرار الغاصب بذلك لم تجز شهادتهما

بذلك لانهما اختلفا فشهد أحدهما بالقول والآخر بالفعل ولا يثبت واحد منهما الا
 بشهادة شاهدين . وان لم يكن لواحد منهما البينة فأردت أن تحلف الغاصب على ذلك
 فقال أنا أرد اليمين على رب الثوب وأعطيه ما حلف عليه فليس له ذلك لان الشرع جعل
 اليمين على المدعى عليه وما كان مستحقا على المرء شرعا فليس له ان يحوله الى غيره
 ﴿ قال ﴾ ولا أدر اليمين ولا أحولها عن موضعها الذي وضعها فيه رسول الله صلى الله عليه
 وسلم ومعنى هذا ان اليمين شرعا في جانب المدعى عليه اما للنفي أو لابقاء ما كان على ما كان وهو
 براءة ذمته فاذا حوالت الى جانب المدعى لم يعمل الا بهذا المقدار لان عمل الشيء في محله
 أقوى منه في غير محله وبهذا القدر لا يستحق المدعى شيئا بل حاجته الى اثبات ما ليس
 بثابت له واليمين لا تصلح لهذا . وكذلك انت رضى رب الثوب بذلك وقال أنا أحلف
 فتراضيهما على ما يخالف حكم الشرع يكون لغوا فاذا جاء الغاصب بثوب زطى فقال هذا الذى
 غصبتك وقال رب الثوب كذبت بل هو ثوب هروى أو مروى كان القول قول الغاصب
 مع يمينه لان الاختلاف منهما فى تعيين المقبوض والقول فيه قول القابض أمينا كان أو
 ضامنا لانه لو أنكر القبض أصلا كان القول قوله . ثم ذكر صفة يمينه وقال (يحلف بالله ان
 هذا ثوبه الذى غصبه اياه وما غصبه هرويا ولا مرويا) لان فى تعيين المقبوض القول قوله
 ومن جعل القول قوله شرعا فانه يحلف على ما يقول كالمودع فى رد الوديعة أو هلاكها
 والمدعى يدعى عليه أنه غصبه هرويا أو مرويا وهو منكر لذلك فالقول قوله مع اليمين فلهذا
 جمع فى اليمين بين الامرين فاذا حلف قضيت لصاحب الثوب بالثوب وبراءت الغاصب من
 دعوى رب الثوب وان نكل عن اليمين يقضى عليه بما ادعاه المدعى لان نكوله كإقراره
 وعند النكول لا يقضى له بهذا الثوب لانه لا يدعى ثوبين انما يدعى ثوبا هرويا وقد استحقته
 فأما اذا حلف فهو ما استحق ثوبا سوى هذا وقد كان يدعى أصل الثوب بصفته ولم يثبت
 له تلك الصفة بنفى دعواه أصل الثوب فيقضى له بهذا الثوب باعتبار دعواه فان شاء أخذه وان
 شاء تركه . فان جاء بثوب هروى خلق وقال هذا الذى غصبتك وهو على حاله وقال رب
 الثوب بل كان ثوبى جديدا حين غصبته فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره قبض الثوب
 حين كان جديدا ولان الظاهر شاهد له فان صفة الثوب فى الحال معلوم وعند الغصب
 مختلف فيه فيرد المختلف فيه الى ما هو المعلوم فى نفسه ولان الغصب حادث فيحال بحدوثه

الى اقرب الاوقات . فان اقام البيئنة فاليئنة بيئنة رب الثوب انه غصبه جديداً لا بآبائه سبق التاريخ في غصبه وضمان النقصان عليه باعتبار فوات الصفة عنده وان لم يقيم لواحد منهما بيئنة وحلف الغاصب وأخذ رب الثوب ثم أقام البيئنة أنه غصبه اياه جديداً ضمن الغاصب فضل ما بينهما لان الثابت بيئنة كالثابت باقرار الخصم وبمين الغاصب لا يمنع قبول بيئنة رب الثوب بعد ذلك هكذا نقل عن عمر رضى الله تعالى عنه قال اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البيئنة العادلة ولان القاضى ما قضى بان المنصوب كان خلقاً وقت الغصب ولكنه امتنع عن القضاء بأنه كان جديداً عند ذلك لعدم الحجة فاذا قامت الحجة فعليه أن يقضى بها . فان كان غصبه ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمة الثوب أبيض وكان الثوب للغاصب وان شاء أخذ الثوب وضمن للغاصب ما زاد الصبغ فيه لان الصبغ مال متقوم وهو قائم في الثوب وقد بينا ان بغصبه لا يسقط حرمة ماله فاصل الثوب لصاحب الثوب والصبغ للغاصب وقد تعذر تمييز احدهما عن الآخر وتعذر اتصال منفعة ملك كل واحد منهما على الانفراد اليه الا ان صاحب الثوب صاحب الاصل والغاصب صاحب الوصف فأثبت الخيار لصاحب الأصل أولى لان الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف بالأصل فان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض لانه تعذر عليه الوصول الى عين ملكه بدون غرم يلزمه وله أن لا يلتزم الغرم فيضمنه قيمة الثوب أبيض كما غصبه ويصير الثوب للغاصب بالضمن وان شاء ضمن له ما زاد الصبغ فيه فيتوصل الغاصب الى مالية حقه ويملك صاحب الثوب عليه هذا الصبغ بما يؤدي من الضمان والغاصب راض بذلك حين جعل ملكه وصفاً لملك الغير وان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب في ثمنه بقيمته أبيض ويضرب الغاصب بما زاد الصبغ فيه لان لصاحب الثوب أن لا يملك ثوبه منه بقيمته وأن لا يغرم له قيمة الصبغ وعند امتناعه منهما لا طريق لتمييز حق احدهما عن الآخر الا بالبسع وهو نظير ما لو هبت الريح بثوب انسان فألقته في صبغ غيره فأنصبغ الا ان هناك لاضمان على صاحب الصبغ لانعدام الصبغ منه وفيما وراء ذلك هما سواء ولم يذكر في الكتاب انه اذا كان هذا الصبغ نقصاناً في هذا الثوب وقد يكون لون الحمرة والصفرة نقصاناً في بعض الثياب هو ذكر هشام عن محمد رحمهما الله قال لو غصب ثوباً يساوي ثلاثين درهماً فصبغه بعصفر وتراجع قيمته الى عشرين درهماً فانه ينظر الى قيمة الصبغ في ثوب يزيد به فان كان خمسة دراهم

فلصاحب الثوب أن يأخذ ثوبه ويأخذ خمسة دراهم من الغاصب أيضا لأنه استوجب
 عليه عشرة دراهم نقصان قيمة ثوبه واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة والخمسة
 دراهم بالخمسة قضاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة * فإن كان الغصب جاريه
 صغيرة فرباها حتى أدركت وكبرت ثم أخذها رب الجارية لم يضمن للغاصب مازاد في
 الجارية لأن الزيادة من عينها وهي مملوكة للمغصوب منه بخلاف ما ينشأ من الصبغ في
 الثوب فهو زيادة من مال الغاصب لا من العين المغصوبة ولا يرجع بما أنفق علي المغصوب
 منه لأنه متبرع في الانفاق بغير أمره ولأنه استخدمها بما أنفق ولأنه انتفع بهذا الانفاق
 لأنه تمكن بها من الرد واسقاط الضمان عن نفسه * وإذا غصب سويقا فله بسمن فصاحبه
 بالخيار أن شاء ضمنه قيمة سويقه وإن شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب مازاد السمن فيه
 لأن السمن في السويق زيادة وصف من مال الغاصب كالصبغ في الثوب * وكذلك الدهن
 إذا خلط به مسكه وهذا إذا كان دهنا يطيب بالمسك فإن كان دهنا متنا كدهن البرز
 ونحوه أخذه صاحبه ولم يضمن للغاصب شيئا لأن المسك صار مستهلكا فيه * وإذا غصب
 ثوبا فصبغه اسود فلصاحب الثوب أن يأخذه ولا يطميه شيئا في قول أبي حنيفة رحمه الله
 وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد كالحمرة والصفرة ولا اختلاف في الحقيقة ولكن أبو
 حنيفة أجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني أمية وقد كانوا ممتنعين من لبس السواد وهما
 أجابا على ما شهدا في عصرهما من عادة بني العباس رضي الله عنه بلبس السواد وقد كان
 أبو يوسف يقول أولا يقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد واحتاج إلى التزام
 مؤنة في ذلك رجع وقال السواد زيادة. وقيل السواد يزيد في قيمة بعض الثياب وينقص من
 قيمة بعض الثياب كالغصب ونحوه * فإن كان المغصوب ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب
 ما قاله أبو حنيفة وإن كان ثوبا يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالوا أنه بمنزلة الحمرة والصفرة
 وإن غصبه ثوبا فنقطه قميصا ولم يخطه فهو بالخيار أن شاء ضمن قيمته وإن شاء أخذ الثوب
 وضمنه ما نقصه القطع لأن القطع نقصان فاحش في الثوب فانه قبل القطع كان يصلح لاتخاذ
 القباء والقميص وبعد ما قطع قميصا لا يصلح لاتخاذ القباء منه على الوجه الذي كان يصلح
 قبل القطع فكان مستهلكا من وجه قائما من وجه فان شاء مال صاحبه إلى جانب الاستهلاك
 وضمنه قيمته وإن شاء مال إلى جانب البقاء وأخذ عين الثوب وضمنه نقصان القطع لأن

الثوب ليس بمال الربا وتضمن النقصان في مثله مع أخذ العين جائز شرعا وكذلك اذا
نقصه الصبغ الاسود فله أن يأخذه ويضمنه مانقصه لان الصبغ الاسود في مثله نقصان
فاحش وهو كالاستهلاك من وجه لان قبله كان متمكنا من احدث أى لون شاء فيه وقد
خرج من أن يكون صالحا لذلك والصبغ الاسود من الثوب لا يمكن قلعه عادة وبه يفرق
أبو حنيفة بينه وبين سائر الالوان * ولو اغتصب ثوبا فخرقه فان كان خرقا صغيرا ضمن
الغاصب النقصان فقط وأخذ صاحب الثوب ثوبه لان العين قائم من كل وجه فهذا
القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما يمكن في قيمته
نقصان فيضمن ذلك النقصان وان كان الخرق كبيرا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار ان
شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه لانه مستهلك من كل وجه فانه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع
ما كان صالحا قبله له وان شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة وضمنه مانقصه فعل الغاصب
(وأما) الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلصاحبها أن يضمن الغاصب قيمتها بخلاف
ما لو كان المغصوب عبدا أو جارية فيقطع منه يدا أو رجلا فهناك يأخذه مع ارش المقطوع
لان الآدمي يقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لعامة ما كان صالحا له من قبل
والدابة تصير مستهلكة بقطع طرف منها فانه لا ينتفع بها بما هو المقصود من الحمل والركوب
بعد هذا القطع فلماذا كان لصاحبها أن يتركها للغاصب ويضمنه قيمتها. وكذلك لو كانت بقرة
أو جزورا فقطع يدها أو رجلها أو كانت شاة فذبحها لان الذبح استهلاك من وجه فانه يفوت
به بعض ما كان مقصودا من النسل واللبن فلصاحبها أن يضمنه قيمتها ان شاء وان شاء أخذ
المذبوح مسلوخا كان أو غير مسلوخ وضمن الغاصب النقصان في ظاهر الرواية. وفي رواية
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لا يضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة ولهذا
يلتزم بمقابلته العوض ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح لانه زيادة من حيث التقرب
الى الانتفاع باللحم والكنه نقصان بتفويت سائر الاغراض من الحيوان ولا جله يثبت الخيار
فكان هذا والقطع في الثوب سواء يضمنه النقصان ان شاء (واذا) طحن الغاصب الحنطة
فعلية مثلها والدقيق له عندنا. وسوى هذا عن أبي يوسف روايتان (احدهما) ان حق المغصوب
منه لا يقطع عن الدقيق لاعلى معنى انه يمكن من أخذه ولكن يباع فيشتري له به حنطة
مثل حنطته وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لانه زال ملكه

ويده بسبب لم يرض به ولو زال ملكه بسبب هو راض به كالبائع لا ينقطع حقه واذا أزيلت يده بغير رضاه بان قبض المشتري المبيع بغير اذن البائع فهذا أولى أن لا ينقطع حقه (والرواية الاخرى) ان ملكه لا يزول بل له الخيار وان شاء ترك الدقيق وضمنه حنطة مثل حنطته وان شاء أخذ الدقيق ولم يضمنه شيئاً * قال أستحسن ذلك وأخالف فيه أبا حنيفة لانه استقبح أن يأتي مفلس الى كر حنطة انسان فيطحنه ثم يهب الدقيق لابنه الصغير فلا يتوصل صاحب الحنطة الى شيء فهذا قول الشافعي رحمه الله أيضاً الا ان عند الشافعي رحمه الله يأخذ الدقيق ويضمنه النقصان ان كان لما بينا ان علي أصله تضمين النقصان مع أخذه العين في أموال الربا جائز وعند أبي يوسف لا يجوز ذلك كما هو مذهبنا * ووجه هذا أن الدقيق عين شبه فيكون له أن يأخذه كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا لاحداث مالم يكن موجودا وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسالخ والتأريب في الشاة . والدليل عليه ان الدقيق جنس الحنطة ولهذا جرى الربا بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة * واستدل محمد رحمه الله في املاء الكيسانيات لابي حنيفة رحمه الله بالحديث الذي رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي مرة عن أبي موسى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيفها فقال صلى الله عليه وسلم انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت أعز منها لم ينفس علي بها وسأرضيه بما هو خير منها اذ ارجع قال صلى الله عليه وسلم أطعموها الأسارى قال محمد يعني المحبسين فامرهم بالتصدق بها بيان منه أن الغاصب قدم ملكها لان مال الغير يحفظ عليه عينه اذا أمكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه ولما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتصدق بها دل انه ملكها والخلاف في الفصلين سواء قال محمد وهذا الحديث جعله أبو حنيفة رحمه الله أصلاً في أكثر مسائل الغصب والمعنى فيه ان هذا الدقيق غير الحنطة وهو انما غصب الحنطة فلا يلزمه رد الدقيق كمن أ تلف حنطة لا يلزمه رد الدقيق . وبيان المغايرة انها غير ان اسما وهيئة وحكما ومقصودا . وكذلك يتعذر اعادة الدقيق الي صفة الحنطة . وتحقيقه ان الموجودات من المخلوقات تعرف بصورتها ومعناها فتبدل الهيئة والاسم دليل علي ان المغايرة صورة وتبدل الحكم والمقصود دليل علي المغايرة معنى واذا ثبتت المغايرة فمن ضرورة ثبوت الثاني انعدام

الاول لاستحالة ان يكون الشيء الواحد شيئين واذا انعدم الاول بفعله صار ضامنا مثله وقد
 ملكه بالضمان فيجعل هذا الدقيق حادثا من ملكه فيكون مملوكا له أو يجعل حادثا بفعله وفعله
 سبب صلاح الحكم الملك فيصير مضافا اليه ولكن بين الدقيق والخطة شبهة المجانسة من
 حيث الصورة وهو ان عمل الطحن صورة تفريق الاجزاء وباب الربا مبني على الاحتياط
 ببقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربا بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة
 فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال شاة مذبوحة وشاة حية فبقيت مملوكة لصاحبها ثم بالسلخ
 والتارب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل تحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك دليل
 تبديل العين فلماذا كان لصاحبها أن يأخذها ثم على قول فر للفاصل أن يا كل هذا الدقيق
 وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان وهو القياس لأن ملكه حادث بكسبه . وفي الاستحسان
 وهو قولنا ليس له أن ينتفع بما لم يؤدي الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي أو يقضى عليه
 بالضمان لما بينا ان من حيث الصورة هذه أجزاء ملك المصنوع منه وهذه الصورة معتبرة فيما
 بني على الاحتياط والا كل مبني على ذلك فانما يتم تحول حق المصنوع منه الى الضمان بالاستيفاء
 أو بالقضاء فلماذا لا ينتفع به الابدية (واذا) استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا
 وعند الشافعي رحمه الله تعالى يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله ان للجودة والصفة في
 الاموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو أوجبنا مثل قيمتها من
 جنسها أدى الى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المصنوع منه عن الجودة
 والصفة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن القيمة من الذهب مصوغا . وان وجده
 صاحبه مكسورا فرضى به لم يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين
 ماله فبقيت الصفة منفردة عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية ولانه لو أخذ للصفة
 عوضا كان هذا في معنى مبادلة العشرة بأحد عشر وذلك لا يجوز في الاموال الربوية وله
 أن يضمن الفاصل قيمته مصوغا من الذهب ويسلمه اليه سواء كان النقصان بالكسر يسيرا
 أو فاحشا لانه لا يتوصل الى دفع الضرر عن نفسه وابقاء حقه في الصفة الا بذلك . وكذلك
 كل اناء مصوغ كسره رجل فان كان من فضة فعليه قيمته مصوغا من الذهب وان كان
 من ذهب فعليه قيمته مصوغا من الفضة للتحرز عن الربا مع مراعاة حق المصنوع منه في
 الصفة فان كسر درهما أو دينارا فعليه مثله لانه غيره بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه

الا بإيجاب المثل والمكسور للكسر اذا ضمن مثله وان شاء صاحبه أخذه ولم يرجع عليه بشئ ويستوى ان كانت مالية انتقصت بالكسر أو لم تنتقص لان صفة العين بغير فعله وذلك كاف لا ثبات الخيار له الا فيما يكون زيادة فيه على ما تبين (واذا) ادعى دارا أو ثوبا أو عبدا في يد رجل وأقام البينة انه له وقال الذى هو فى يديه هو عندى وديعة فهو خصم لظهور الدين فى يده ولم يثبت بقوله ان يده يد غيره (وان) أقام البينة ان فلانا استودعها اياه أو أعارها أو أجرها أو ورهنها منه لم يكن بينهما خصومة لانه أثبت بينته أن يده يحفظ وهذه مسألة مخمسة وقد بيناها فى كتاب الدعوى * وان أقام المدعى البينة ان ذا اليد غصبه منه لم تندفع الخصومة عنه لانه صار خصما بدعوى الفعل عليه ألا ترى أن دعواه الخصم صحيح على غير ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق * وان أقام المدعى البينة على أنه ثوبه غصب منه فقد اندفعت الخصومة عن ذى اليد بما أقام من البينة لان الفعل غير مدعى عليه فان هذا فعل مالم يسم فاعله فانما كان ذو اليد خصما باعتبار يده وقد أثبت أن يده يحفظ * وان قال المدعى هذا ثوبى سرق منى فالجواب كذلك فى القياس وهو قول محمد وزفر رحمهما الله (قوله) سرق منى ذكر فعل مالم يسم فاعله فلا يصير الفعل به مدعى على ذى اليد فانما كان هو خصما باعتبار يده كما فى الغصب ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله وقالوا لا تندفع الخصومة عن ذى اليد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) أن قوله سرق منى معناه سرقة منى الا أنه اختار هذا اللفظ انتدبا الى ما ندب اليه فى الشرع من التحرز عن اظهاره الفاحشة والاحتياط لدرء الحد فاذا آل الامر الى أن يبطل حقه يعود فيدعى عليه فعل السرقة وهذا المعنى لا يوجد فى الغصب لان الغاصب تجاهر بما صنع ولا يندب الى السرقة من تجاهر بفعله (والثانى) ان السارق فى العادة يكون بالبعد من المسروق منه فيشتبه عليه فى ظلمة الليل انه فلان أو غيره فهو بقوله سرق منى يتحرز عن توهم الكذب وله ذلك شرعا فكان هذا فى معنى قوله سرقة منى بخلاف الغصب . ولان السارق قلما يوقف على أثرهم خوفا منهم من اقامة الحد عليهم فلو اندفعت الخصومة عن ذى اليد بهذا كان ابطالا لحق المدعى لا تحويلا فهو بمنزلة ماله أقام البينة على أنه أودعه رجل لا يعرفه بخلاف الغاصب فانه يكون ظاهرا فيكون هذا من ذى اليد تحويلا للخصومة اليه لا ابطالا لحق المدعى (رجل) غصب ثوب رجل فاستهلكه فضمن انسان عن الغاصب قيمته وليس لرب الثوب بينة على

قيمته فقال الكفيل قيمته عشرة وقال الغاصب عشرون وقال صاحب الثوب ثلاثون لم يلزم
 الكفيل الا عشرة دراهم مع يمينه بالله ما قيمته إلا ذلك لانه التزام بالكفالة قيمة المنصوب
 فالقول في بيان مقداره قوله كالغاصب وهذا لانه منكر للزيادة على العشرة والقول قول
 المنكر مع يمينه وقد أقر الغاصب بعشرة أخرى فهو مصدق على نفسه غير مصدق على
 الكفيل وليس من ضرورة وجوب العشرة الاخرى عليه وجوبها على الكفيل فلماذا يرجع
 على الغاصب بعشرة أخرى مع يمينه بالله ما قيمته الا عشرون لان صاحب الثوب يدعي عليه
 عشرة أخرى وهو منكر لذلك ﴿رجل﴾ غصب جارية شابة فكانت عنده حتى صارت عجوزا
 فان صاحبها يأخذها وما نقصها لانها صارت مضمونة على الغاصب بجميع أجزائها وقد فات
 وصف مقصود منها وهو الشباب فعلى الغاصب ضمان ذلك اعتبارا للجزء بالكل * وكذلك
 لو غصبه غلاما شابا فكان عنده حتى هرم لانه فات بعض ما هو مقصود منه وهو قوة
 الشباب والهرم نقصان في العين وهذا بخلاف ما لو غصبه صبيا فشب عنده لانه ازداد عند
 الغاصب بما حدث له من قوة الشباب * وكذلك لو نبت شعره عند الغاصب لانه ازداد جمالا
 عنده فان اللحية جمال ولهذا يجب بحلقها من الحر عند اقتبال الثبت كمال الدية والغاصب
 بالزيادة عنده لا يصير ضامنا شيئا * ولو كان محترفا بحرفة فنسى ذلك عند الغاصب كان ضامنا
 للنقصان لانه فات ما كان مقصودا منه عند الغاصب وما يزيد في ماليته ﴿فان قيل﴾ عدم
 العلم بالحرفة ليس بنقصان في العين ولهذا لا يثبت به حق الرد بالعيب ﴿قلنا﴾ نعم ولكن اذا
 وجد فهو زيادة في العين ولهذا يستحق في البيع بالشرط ويثبت حق الرد عند فواته
 فيضمن الغاصب باعتباره النقصان أيضا * وكذلك ان غصب ثوبا من رجل فعفن عنده
 واصفر فقد انتقصت ماليته بما حدث في العين عند الغاصب فكان ضامنا للنقصان . ولو
 غصب طعاما حدثا فامسكه حتى عفن عنده فعليه طعام مثله وهذا الفاسد للغاصب لان
 دفع الضرر عن المالك يتضمن النقصان والنقصان هنا متعذر فيصار الى دفع الضرر عنه
 بتضمين المثل إلا أن يرضى المالك بأخذ الطعام العفن فيأخذه ولا شيء له سواه ﴿رجل﴾
 غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا فصبغه به ثم حضرا جميعا فقال أما صاحب العصففر
 فيأخذه حتى يعطيه عصفرا مثله أو قيمته لان ما غصبه منه صار مستهلكا بفعله فانه كان
 عين مال قائم بنفسه وقد صار وصفا قائما بملك غيره فعرفنا انه صار مستهلكا فعلى الغاصب

ضمان مثله أو قيمته ان كان لا يوجد مثله والسواد في هذا كغيره عندهم جميعا لان السواد في نفسه مال متقوم وانما هو نقصان في الثوب عند أبي حنيفة واذا ضمن لصاحب العصفرة عصفرة ملك المضمون وصار في الحكم كأنه صبغه بعصفرة نفسه وقد بينا حكم الخيار فيه ولو كان غصب الثوب والصبغ من رجل واحد فصبغه به ففي القياس كذلك لانه مستهلك للصبغ بما صنع فيتقرر عليه ضمانه ويصير ذلك مملوكا له ولكن في الاستحسان لصاحب الثوب هنا أن يأخذ ثوبه ولا يعطى الصباغ شيئا ولا يضمه قيمة صبغه لان ملكه صار وصفا لملكه فلا يكون مستهلكا به من هذا الوجه . ولانه اذا اختار أصل الثوب كان مجيزا لفعله في الانتهاء فيجعل ذلك كالاذن منه في الابتداء فلماذا كان له أن يأخذ الثوب ان شاء وان شاء ضمنه الصبغ لانه مستهلك من الوجه الذي قلنا واذا ضمنه كان بمنزلة مالو صبغ الثوب بصبغ نفسه على ما بينا . ولو كان الثوب مغصوبا من إنسان والصبغ من آخر وصبغه للغاصب ثم لم يقدر عليه ففي القياس أن يأخذ صاحب الثوب ثوبه ولا يبقى لصاحب الصبغ عليه شيء لان صبغه مستهلك بفعل الغاصب وضمانه دين عليه وللغاصب على صاحب الثوب قيمة الصبغ اذا أخذ الثوب فهذا الرجل وجد مديون مديونه فلا سبيل له عليه حتى يحضر خصمه * وفي الاستحسان اذا أخذ الثوب ضمن له ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قد احتبس عنده وان لم يوجد من جهته صبغ فيه فهو كما لو انصبغ ثوب انسان بصبغ انسان . ولهذا توجب السعاية في العبد المشترك يعتقه احدهما لان نصيب الشريك قد احتبس عند العبد وان لم يوجد منه صبغ في ذلك وان شاء صاحب الثوب باعه فضرر هو في الثمن بقيمة ثوبه أيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ كما لو صبغه الغاصب بصبغ نفسه على ما بينا * فان غصب من واحد خنطة ومن آخر شعيرا فخلطهما ضمن لكل واحد منهما ما غصب منه لانه تعذر على كل واحد منهما الوصول الى عين ملكه فان تميز الخنطة من الشعير متعسر والمتعسر كالتعذر والمتعذر كالممتع ولم يبين في الكتاب حكم المخلوط فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى المخلوط يصير ملكا للخالط سواء خلط الخنطة بالخنطة أو بالشعير وعلى قول أبي يوسف ومحمد لهما الخيار ان شاء أخذ المخلوط فكان مشتركا بينهما بقدر ملكهما وان شاء تركا المخلوط وضمن كل واحد منهما الخالط مثل ماله لان عين مال كل واحد منهما باق أما في الخلط بالجنس فلان الشيء يتكرر بجنسه وكذلك في الخلط بغير

الجنس اذا كان بحيث يتأق التميز في الجملة إلا أنه تعيب ملك كل واحد منهما بعيب الشركة
 فلهذا يثبت لكل واحد منهما حق التضمين ان شاء وان شاء اعتبر بقاء عين الملك حقيقة
 فيختار الشركة في المخلوط وهو نظير غاصب الثوب اذا صبغه على ما بينا . وأبو حنيفة يقول
 بالخلط صار ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما لان المخلوط في الحكم كانه شيء آخر
 سوى ما كان قبل الخلط ألا ترى انه يبدل اسم العين فقبل ذلك كان يسمى قفيزا والان
 يسمى كرا والمكيل والموزون في حكم شيء واحد ولهذا لو وجد ببعضه عيبا لم يرد بالعيب
 خاصة والبعض من الشيء الواحد غير كاه ففرقنا ان هذا المخلوط حادث بفعل الغاصب
 حكما فيكون مملوكا له ومن ضرورته صيرورة ملك كل واحد منهما مستهلكا حكما ولهذا
 ثبت لكل واحد منهما حق التضمين مع امكان التميز في الجملة بخلاف الثوب مع الصبغ
 واذا صار ملك كل واحد منها مستهلكا تقرر الضمان على الغاصب وذلك يوجب الملك
 له في المضمون وهذا بخلاف ما اذا حصل الاختلاط من غير صنع أحد فان المخلوط هناك
 أيضا هالك الا انه لاضامن له فيكون لا قرب الناس اليه وهما المالكان قبل الخلط ولان
 الحكم يضاف الى المحل عند تعذر اضافته الى السبب ولان المحل بمعنى الشرط والحكم
 يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى السبب ثبوتا به فاذا كان الخلط بفعل آدمي
 وهو سبب صالح لاضافة الملك اليه في المخلوط يصير مضافا اليه وعند انعدام الفعل يكون
 مضافا الى المحل فلهذا كان المخلوط لهما * ولو غصب من آخر كتانا فغزله ونسجه فمليه
 مثله أو قيمته ان كان لا يوجد مثله ولا سبيل له على الثوب . وكذلك ان غصب قطنا فغزله
 ونسجه أو غصب غزلا فنسجه وهذا عندنا فأما على قول ابى يوسف الآخر وهو قول
 الشافعي رضى الله عنه فلصاحب الكتان والقطن الخيار على نحو ما بينا في الحنفة اذا طحنها
 لانه لا فرق بين الفصلين في المعنى فان هناك الغاصب فرق الاجزاء المجتمعة بالطحن وهما جمع
 الاجزاء المتفرقة بالنسيج فكما لا تبدل العين بتفريق المجتمع فكذلك لا تتبدل بجمع المتفرق
 وهو كما لو غزل القطن ولم ينسجه فانه لا ينقطع حق صاحب القطن ولكن يثبت له الخيار
 ولكننا نقول الثوب غير الغزل والقطن صورة ومعنى . أما الصورة فالغزل خيط ممدود
 والثوب مؤلف مركب له طول وعرض . والدليل على المغايرة تبدل الاسم ومن حيث
 المعنى والحكم الغزل والقطن موزون وهو مال الربا والثوب مذكوع ليس بمال الربا وبعد

النسيج لا يتصور اعادته الى الحالة الأولى فاذا ثبتت المغيرة بينهما فن ضرورة حدوث الثاني انعدام الأول لاستحالة أن يكون الشيء الواحد شيئين ثم هذا حادث بعمل الغاصب فكان مملوكا له والاول صار مستهلكا بعمله فصار ضامنا له . فأما القطن اذا غزله فالصحيح من الجواب انه ينقطع حق المالك أيضا واليه أشار في كتاب الدعوى حيث سوى بين القطن اذا غزله وبين الغزل اذا نسجه ومن أصحابنا رحمهم الله من فرق بينهما فقال القطن غزل لانه خيوط رقيقة يبدو ذلك لمن أمعن النظر فيه ويتحقق ذلك في الأبرسيم فالغزل احداث المجاورة بينهما وليس بتركيب وتأليف وباحداث المجاورة لا تبدل العين ولهذا بقي موزونا يجري فيه الربا كما كان قبله بخلاف الغزل اذا نسجه * ولو غصب ساجة فجعلها بابا أو حديدًا فجعله سيفًا ضمن قيمة الحديد والساجة وجميع ذلك للغاصب عندنا * وكذلك لو غصب ساجة أو خشبة وأدخلها في بناءه أو آجرًا فأدخله في بناءه أو جصا فبنى به فعلية في كل ذلك قيمته عندنا وليس للمغضوب منه نقض بناءه وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى في هذه الفصول لا ينقطع حق صاحبها فزفر مع الشافعي رحمهما الله في هذا النوع لان الحادث زيادة وصف من غير ان يكون الاول مستهلكا بخلاف ما تقدم . ويان هذا ما ذكر في الجامع اذا اشترى حنطة فطحنها أو غزلا فنسجه ثم زاد البائع في الثمن لم يجوز ولو اشترى ثوبا فقطعه وخاطه ثم زاد في الثمن يجوز فوجه قولهم في ذلك ان الغاصب قادر على رد عين المغضوب من غير ايلام حيوان فيجب رده كالساجة اذا بنى عليها وتأثير هذا الكلام ان العين باق والرد جائز شرعا فان بالاتفاق لو رده الغاصب جاز ولو صبر المغضوب منه حتى نقض الغاصب البناء والخياطة كان له أن يأخذه فدل ان العين باق ورده عين المغضوب مستحق شرعا فادام الرد جائزا يبقى ذلك الاستحقاق بحاله بخلاف ما اذا غصب خيطا وخاط به بطن نفسه أو بطن عبده أو لوحا وأصلح به سفينة والسفينة في لغة البحر فان ذلك لا يجوز رده لما فيه من ايلام الحيوان ونقض البنية وذلك محرم شرعا ومن ضرورة عدم جواز الرد انعدام استحقاق الرد شرعا * وحجتنا في ذلك ان العين ملك المغضوب منه وما اتصل به من الوصف متقوم حقا للغاصب وسبب ظلمه لا يسقط قيمة ما كان متقوما من حقه كما في الثوب اذا صبغه بصبغ نفسه الا ان هناك الصبغ متقوم بنفسه فيمكن ابقاء حق صاحب الثوب في الثوب مع دفع الضرر عن الغاصب بإيجاب قيمة

الصبيغ له وهذا الوصف غير متقوم بنفسه مقصوداً ودفع الضرر واجب فیتعين دفع الضرر هنا بإيجاب قيمة المصوب حقاً للمصوب منه ليتوصل هو الى مالیه ملكه ويبقى حق صاحب الوصف في الوصف مرعياً وهذا لانه لا بد من الحاق الضرر باحدهما الا ان في الاضرار بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المصوب منه بضمان القيمة توفير المالیه عليه لا اهدار حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان وضرر النقل دون ضرر الابطال وهو نظير مسألة الخيط واللوح ولهذا جوزنا الرد ههنا لان الامتناع لدفع الضرر عن الغاصب فاذا رضي فقد التزم الضرر ﴿ فان قيل ﴾ صاحب الثوب صاحب أصل والغاصب صاحب وصف ولا شك ان مراعاة حق صاحب الاصل أولى ولم يجوز لحق صاحب الوصف وهو جان ﴿ قلنا ﴾ لان هذا الوصف قائم من كل وجه والاصل قائم من وجه لان الاصل كان ملكاً للمصوب منه مقصوداً والآن صار تبعاً لملك غيره والتبع غير الاصل ولهذا صار بحيث يستحق بالشفعة بعد أن كان منقولاً لا يستحق بالشفعة وانعدم منه سائر وجوه الانتفاع سوى هذا فعرفنا أنه قائم من وجه دون وجه والقائم من كل وجه يترجع على ما هو قائم من وجه مستهلك من وجه وانما يترجع الاصل اذا كان قائماً من كل وجه كما في مسألة الساجة فانها قائمة من كل وجه صالحة لما كانت صالحة له قبل البناء تستحق بالشفعة كما كان من قبل فلها رجحانها هناك اعتبار حق صاحب الساجة * ولا يدخل على شيء مما ذكرنا اذا غصب ثوباً فقصره لانه ليس للغاصب في الثوب وصف قائم متقوم والقصاراة تزيل الدرن والوسخ عن الثوب ثم لون البياض وصف أصلي للقطن * ولا يقال أليس ان القصار يحبس بالاجر ﴿ قلنا ﴾ نعم ولكن باعتبار أثر عمله في المعمول لا باعتبار قيام الوصف في العمل للمعمول بعمله وذکر الكرخي في مسألة الساجة أن موضع المسئلة فيما اذا أدخل الساجة في بنائه بان بنى حولها لا عليها لانه لا يكون متعدياً بالبناء في ملكه فأما اذا بنى على الساجة فهو متعدي في هذا البناء والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للرد كما في مسألة الساجة ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد رحمه الله تعالى في كتاب الصرف انه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها وهو في العمل هنا متعدي لان عمله في ملك الغير فدل انه لا فرق بين ان يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه وان الصحيح ما قلنا * وان غصب حنطة فزرعها ثم جاء صاحبها وقد أدرك الزرع أو هو بقل فعليه حنطة

مثل حفظه ولا سبيل له على الزرع عندنا . وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه الزرع له لانه متولد من ملكه والمتولد يملك بملك الاصل كولد الجارية وثمره الشجرة وهذا لان فعل الزارع حركاته والاجسام لا تتولد من الحركات . والدليل على ان التولد من الاصل ان بصفة الاصل يختلف الزرع مع اتحاد عمل الزارع والدليل عليه انه لو حصل بغير فعل أحد بأن هبت الريح بحنطة انسان وألقته في أرض الغير فينبت كان الزرع لصاحب الحنطة (وحجتنا) في ذلك ان الزرع غير الحنطة لان الحنطة مطعوم بنى آدم والزرع بقل هو علف الدواب وهذا الزرع حادث لانه لم يفسد الحب في الارض لا ينبت الزرع فلما ان يكون حادثا بأصل الحنطة أو بقوة الارض والهواء أو بعمل الزارع والاول باطل لان كونه حنطة ليس بعلة لبقائها كذلك حنطة فكيف تكون علة لحديث شئ آخر وقوة الارض والهواء كذلك لانهم ما مسخران بتقدير الله تعالى لا اختيار لهما فلا يصلح اضافة الحكم اليهما بنى عمل الزارع وهو في معنى الشرط لانه يجمع بين البذر وقوة الارض والهواء بعمله وقد بينا انه يضاف الحكم الى الشرط عند تعذر الاضافة الى العلة كما أن الواقع في البئر يضاف هلاكه الى الحافر وعمله في الشرط ولكن ما كان علة وهو علة ومشبه بغير علة لا يصلح عمله لاضافة الحكم اليه فيكون مضافا الى الشرط واذا ثبت انه مضاف الى عمل الزارع كان هو مكتسبا للزرع والكسب ملك للمكتسب وعليه ضمان ما صار مستهلكا بعمله الا أنه لا يطيب له الفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله يطيب له الفضل لانه كسبه ولكننا نقول دخل في كسبه من حيث انه استعمل في الاكتساب ملك الغير ولانه من حيث الصورة هذا متولد من ذلك الأصل كما قاله الخصم ومن حيث المعنى والحكم غيره فلا اعتبار الصورة قلنا لا يطيب له الفضل احتياطا وعلى هذا لو غصب نواة فانبتها أو تالة^(١) ففرسها الا انه روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال في التالة لا يحل له أن ينتفع بها حتى يؤدي الضمان وفي الزرع والنواة له ذلك لان البذر والنواة تفسد في الأرض فكان الزرع والشجرة كسب الغاصب من كل وجه فيجوز له الانتفاع به قبل أداء الضمان المستهلك وأما التالة فلا تفسد ولكنها تنمو وانما جعلنا الشجرة غير التالة من حيث الحكم فلا يحل له الانتفاع بها قبل أداء الضمان كما في الحنطة اذا طحنها . وفي ظاهر الرواية الجواب في

(١) التالة بالثناة الفوقية واحدة النال وهو صغار النخل وفسلانها اه كتبه مصححه

الفصلين سواء وعلى هذا لو غصب بيضة وحضنها تحت دجاجة له حتى أفرخت فهذا ومثله
الزرع سواء والمغايرة بين الفرخ والبيضة لا تشكل على أحد لأن هذا حيوان وذلك
موات ولا يدخل على شيء من هذا إذا غصب شجرة وقلمها وكسرها لأن القلع نقصان
محض لا يتبدل به اسم العين ثم الكسر تحقيق ما هو المقصود بالشجرة بعد القلع وهو الحطب
فهو كمسئلة الشاة إذا ذبحها وسلخها * مسلم * غصب خمرا من مسلم فاستهلكها فلا ضمان عليه
لأن الخمر ليس بمال متقوم فإن الشرع أفسد تقومه حين حرم تموله وإن جعلها خلا فلرب
الخمر أن يأخذها لأن بفساد معنى التمول والتقوم لا يخرج من أن تكون مملوكة للمسلم إذا
الملك صفة للعين والعين باقية ولهذا جاز له أمساك الخمر للتخلل وكان أحق بها من غيرها فإن
خللها الغاصب من غير القاء شيء فيها فالعين باقية على حالها لبقاء الهيئة كما كانت وإن ألقى
فيها ملحاً فالملح صار مستهلكاً أيضاً وإن صب فيها خلا فهذا خلط إلا أن الخلط إنما يزيد ملك
المغصوب منه بشرط الضمان وإيجاب الضمان هنا متعذر لأن الخمر لا يضمن للمسلم بالاستهلاك
فلهذا كان شريكاً في الخلوط بقدر ملكه. وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه قالوا هذا على
وجبهين. أما إذا ألقى الجلد صاحبه فآخذه إنسان ودبغه فهو مملوك له لأن صاحبه ألقاه تاركاً له
بمنزلة من يلقى النوى وقشور الرمان فيجمع ذلك إنسان وينتفع به فإنه يكون مباحاً له. وأما إذا
غصب الجلد من صاحبه ودبغه بشيء لا قيمة له كالتراب والشمس فصاحبه أحق به يأخذه ولا
يمطى الغاصب شيئاً لأن ملكه باق بعد الموت ولم يحدث الغاصب فيه زيادة مال متقوم وقد بينا
أن صنعة إنما تعتبر إذا أمكن تحويل حق صاحب الأصل إلى الضمان وهذا غير ممكن هنا لأن
جلد الميتة لا يضمن بالاستهلاك * وأما إذا دبغه بشيء له قيمة كالشب والقرظ والعفص وما
أشبه ذلك فلصاحب الجلد أن يأخذ جلده ويضمن ما زاد الدباغ فيه لأنه عين مال قائم للغاصب
بمنزلة الصبغ في الثوب ولكن ليس له أن يدع الجلد ويضمنه قيمته هنا بخلاف الثوب لأن
الثوب بدون الصبغ كان مالا متقوماً والجلد قبل الدباغ لم يكن مالا متقوماً حتى ذكر في
كتاب الاجارات لو غصبه جلدًا ذكياً فدبغه بشيء له قيمة فإن شاء صاحب الجلد ضمنه
قيمة الجلد غير مدبوغ وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه لأن الجلد الذكي مال متقوم
قبل الدباغ فهو ومسألة الثوب سواء * وإن غصبه عصيراً أفصار عنده خمرًا فله أن يضمه قيمة
العصير لأن المغصوب كان مالا متقوماً وبالتخمير يصير هذا الوصف منه مستهلكاً * ومراده

من قوله يضمنه قيمة العصير أن الخسوة بعد انقضاء أوان العصير فأما في أوانه يضمنه مثله لأن
العصير من ذوات الامثال وان لم يحضر حتى صارت خلافاً فإن شاء أخذ الخل وان شاء
ضمنه قيمة العصير لأن العين باقية ببقاء الهيئته ولكنه تغير من صفة الحلاوة الى صفة الحموضة
فإن شاء رضي به متغيراً ولا يضمنه شيئاً آخر لأن العصير مال الربا وقد بينا انه لا يثبت
فيه حق تضمين النقصان مع أخذ العين ولم يذ كر هذا الخيار قبل التخلل . فمن أصحابنا رحمهم
الله من يقول لا خيار له لأنه لو ثبت له الخيار هناك لكان أخذ الخمر عوضاً عما استوجب
من قيمة العصير وذلك لا يجوز والاصح أن هناك يثبت الخيار أيضاً بطريق أنه يكون
مبرئاً عن الضمان ثم يأخذ خمره ليخلله كما لو كان العصير وديعة له في يده فتخمر ~~رجل~~ رجل
له حنطة عند رجل وشعير لا آخر عند ذلك الرجل أيضاً وديعة خلطهما من لا يقدر عليه ولا
يعرفه قال يباعان ثم يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير وهذا عندهما وهو الاستحسان
عند أبي حنيفة أيضاً . فأما في القياس على قوله المخلوط صار مملوكاً للخالط وحق كل واحد
منهما في ذمته ولا ولاية لهما عليه في بيع ماله لحقهما . ووجه الاستحسان ان المخلوط وان
صار مملوكاً للخالط ولكن لم ينقطع حقهما عنه بل يتوقف تمام انقطاع حقهما على وصول
البديل اليهما ألا ترى أنه لا يحل للخالط الانتفاع بالمخلوط ما لم يؤد البديل اليهما وإذا بقي حقهما
فيه قلنا يباع لا يفاء حقهما عند تعذر استيفاء الضمان من الخالط كالمبيع في يد البائع يباع
في الثمن اذا تعذر استيفاؤه من المشتري لغيبته ثم يضرب صاحب الحنطة في الثمن بقيمة
حنطته مخلوطاً بالشعير وصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير مخلوط بالحنطة لأن الحنطة
تنقص بالاختلاط بالشعير وانما دخل في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا بالصفة التي
دخلت في البيع والشعير تزداد قيمته بالاختلاط بالحنطة ولكن هذه الزيادة من مال
صاحب الحنطة فلا يستحق الضرب بها معه فلماذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط (قال)
وكذلك كل ما يكال أو يوزن يعني اذا تحقق الخلط على وجه يتعسر معه التمييز أو يتعذر فإن اختلفا
في مبلغ كيل الحنطة والشعير وقد باعهما مجازفة واستهلكهما المشتري فالقول في الحنطة قول
صاحب الشعير وفي الشعير قول صاحب الحنطة لأن كل واحد منهما يدعى زيادة في مقدار ملكه
وكل واحد منهما غير مصدق فيما يدعى لنفسه على صاحبه وكل واحد منهما منكر لازيادة التي
يدعيها صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لانكاره وبعد ما حلف يقسم

الثمن بينهما على مقدار ما يزعم صاحبه المنكر من ملك كل واحد منهما ﴿ثوب﴾ في يدي رجل
 أقام رجل البيئة أنه ثوبه غصبه إياه هذا وأقام الذي في يديه البيئة أنه وهبه له (فقال) أقضى للذي
 هو في يديه لأنه ثبت سبب الملك الحادث لنفسه وصاحبه ينفي ذلك. ولأننا نجعل كان الأمرين
 كأننا والهبة بعد الغصب تتحقق موجبا للملك وكذلك لو أقام البيئة على البيع منه ثمن مسمى
 أو على إقراره أنه ثوبه لأن البيع والإقرار بالملك بعد الغصب يتحقق فتقبل البيئتان جميعاً
 (وان) كان في أيديهما جميعاً فاقام كل واحد منهما البيئة أنه ثوبه غصبه الآخر إياه قضيت
 به بينهما نصفين لأن كل واحد منهما يثبت على صاحبه أنه غصب ما في يده منه وفي يد كل
 واحد منهما نصفه فكان بيئة كل واحد منهما فيما في يد صاحبه أولى بالقبول فهذا قضى
 لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه * فإن أقام رجل البيئة أنه ثوبه استودعه الميث
 الذي هذا وارثه وأقام آخر البيئة أنه ثوبه غصبه إياه الميث قضيت به بينهما لأن كل واحد
 منهما أثبت الملك لنفسه في جميع الثوب أن وصوله إلى يد الميث كان من جهته فاستويا ولا
 ترجح لمدعى الغصب في معنى الضمان لأن الضمان للآخر ثابت أيضاً فإن المودع إذا مات
 مجهلاً للوديعة يكون ضامناً ولأن المقصود إثبات الملك في العين ولا معتبر بضمان القيمة مع
 بقاء العين * وان جاء بالبيئة على دراهم بعينها أنها ماله غصبها إياه الميث فهو أحق بها من غرماء
 الميث لأنه أثبت بالبيئة ملك العين لنفسه فإن الدراهم تعين في الغصب ولهذا لا يملك الغاصب
 إمساك العين ورد المثل وحق الغريم إنما كان في ذمة الميث فيتعلق بعد موته بماله دون مال
 المغيصوب منه * وان أقام رجل البيئة أن هذا ثوبه غصبه ذو اليد وأقام آخر البيئة أن ذا اليد
 أقرب به له أقضى به للذي أقام البيئة أنه ثوبه غصبه إياه لأنه أثبت الملك لنفسه بالبيئة وأثبت
 أن ذا اليد كان غاصباً والآخر إنما أثبت بيئته إقرار الغاصب له بالملك وإقرار الغاصب ليس
 بحجة في الاستحقاق على المالك ﴿رجل﴾ غصب ثوب رجل فإودعه عند آخر فهلك عنده
 فلصاحبه أن يضمه أيهما شاء لأن كل واحد منهما متمتع في حقه فإن المالك غير راض بقبض
 المودع فهو كالغاصب في حقه فإن ضمن المودع رجوع على الغاصب بما ضمن لأنه في
 حفظ العين كان عاملاً له وكان مغروراً من جهته حين أخبره أنه ملكه وأنه لا يفرم شيئاً
 أن هلك في يده * ولم يذكر أن المودع إذا رد الثوب على الغاصب أو كان غصب منه فردّه
 عليه هل يبقى للمالك عليه سبيل * والجواب * أنه لا سبيل للمالك عليه إلا في رواية عن

أبي يوسف رحمه الله فانه يقول صار ضامناً للمالك بقبضه فلا يبرأ إلا بالرد على المالك أو على
من قامت يده مقام يد المالك ويد الغاصب لا تقوم مقام يد المالك فلا يبرأ بالرد عليه . ولكننا
نقول وجوب الضمان عليه باعتبار يده وقد انفسخ ذلك حين أعاده الي يد من وصلت اليه
من جهته فالعدم به حكم يده وكان هذا في حقه بمنزلة رد الغاصب العين على مالكة (واذا)
قال الرجل لا آخر غصبتني هذه الجبة المحشوة وقال الغاصب ما غصبتكها ولكن غصبتك
الظهارة فالقول قول الغاصب مع يمينه لانكاره مادعا فانه ادعى غصب الجبة والظهارة
ليست بجبة ولانه منكر الغصب في البطانة والحشو ولو أنكر الغصب في الكل كان القول
قوله مع يمينه ثم اذا حلف يضمن قيمة الظهارة لا قراره بغصب الظهارة وقراره حجة في
حقه فكان غايته غصب الظهارة وجعلها جبة . وان قال غصبتك الجبة ثم قال بعد ذلك
البطانة والحشوى لم يصدق لانه رجع عما أقربه فاسم الجبة يتناول الكل * وكذلك لو قال
غصبتك هذا الخاتم ثم قال فسه لي أو هذه الدار ثم قال بناؤها لي أو هذه الارض ثم قال
شجرها لي أو أنا غرستها لم يصدق علي شيء من ذلك لكونه راجعاً فان البناء والشجر تبع
للأصل فيصير مذكوراً بذكر الأصل ويثبت حكم الغصب فيه بثبوته في الأصل
والفصل في الخاتم كذلك فيكون راجعاً بدعواه الملك لنفسه فما أقربه لغيره * وان قال
غصبتك هذه البقرة ثم قال عجولها لي أو قال هذه الجارية ثم قال ولدها لي فالقول قوله لان
الولد منفصل فلا يكون تبعاً للام فاقراره بالأصل لا يتعدى اليه بخلاف الاستحقاق باليد
عندنا . وقد بينا هذا الفرق في الدعوي فلا يكون هو في دعوى الولد لنفسه مناقضاً بل
يكون متمسكاً بما هو الأصل وهو ان ما في يده فالظاهر أنه ملكه إلا ما يقربه لغيره
«رجل» غصب من رجل ثوباً ثم ان الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تمزق
ولم يعرفه فلا شيء له على الغاصب . وكذلك المكييل والموزون اذا غصب منه ثم أطعمه
إياه بعينه أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب بريء عن الضمان عندنا وفي أحد قولي
الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ لانه ما أتى بالرد المأمور به فانه غرور منه والشرع لا يأمر
بالغرور والغاصب لا يستفيد البراءة إلا بالرد فاذا لم يكن يوجد صار ضامناً ولانه ما أعاد
الي ملكه كما كان لان المباح له الطعام لا يصير مطلق التصرف فيما أبيح له فكان فعله
قاصراً في حكم الرقوة جعلنا هذا رداً ضرره به المغصوب منه لانه اقدم على الأكل بناء

علي خبره انه أكرم ضيفه ولم علم انه ملكه ربما لم يأكله وحمله الى عياله فأكله معهم فلدفع
 الضرر عنه بقي الضمان علي الغاصب . وحجتنا في ذلك أن الواجب علي الغاصب نسخ فصله
 وقد تحقق ذلك . أما من حيث الصورة فلانه وصل الى يد المالك وبه ينعدم ما كان فائتاً . ومن
 حيث الحكم فلانه صار به متمكناً من التصرف حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه غير انه جهل
 بحاله وجهله لا يكون مبقياً للضمان في ذمة الغاصب مع تحقق العلة المسقطه كما ان جهل المتلف
 لا يكون مانعاً من وجوب الضمان عليه مع تحقق الاتلاف اذا كان يظن انه ملكه * وقد بينا
 ان الغرور بمجرد الخبر لا يوجب حكماً انما المعتبر ما يكون في ضمن عقد ضمان ولم يوجد
 ذلك فان الغاصب المضيف ما شرط لنفسه عوضاً ولان أكثر ما في الباب أن لا يكون فعل
 الغاصب هو الرد المأمور به ولكن تناول المنصوب منه عين المنصوب كاف في اسقاط
 الضمان عن الغاصب . ألا ترى أنه لو جاء الى بيت الغاصب وأكل ذلك الطعام بعينه وهو
 يظن انه ملك الغاصب برئ الغاصب من الضمان فكذلك اذا أطعمه الغاصب إياه . وان كان
 الغاصب قد نبذ التمر ثم سقاه فهو ضامن للتمر لانه بدل العين بما صنع وتقرر ضمان التمري
 ذمته فسق التبيذ إياه لا يكون رداً للعين المنصوب منه ولا أداء الضمان . وكذلك كل ما يشبهه
 كالذيق اذا خبزه ثم أطعمه أو اللحم اذا شواه ثم أطعمه (قال) وكذلك اذا غصب حديداً
 فجعله درعاً فهو ضامن لحديد مثله وان لم يقدر على ذلك ضمن قيمته . وكذلك اذا غصب
 صفراً فجعله كوزاً لانه غيره عن حاله وصار الغاصب مستهلكاً وهذا الحادث حادث بفعل
 الغاصب لتبدل العين صورة ومعنى واسماً وحكماً ومقصوداً فهذا لا سبيل له علي المصنوع
 وكان الكرخي يقول هذا اذا كان بعد الصنعة لا يباع وزناً أما اذا كان يباع وزناً ينبغي أن
 يكون للمفصوب منه حق أخذ المصنوع إن شاء عند أبي حنيفة رحمه الله كما في البقرة لبقاء حكم
 الربا والأصح أن الجواب مطلق لان اسم العين قد تبدل بصنع الغاصب بخلاف القلب علي ما بينه
 فان كسر صاحب الصفر الكوز بعد ما ضمن له الغاصب قيمة صفره فعليه قيمة الكوز
 صحيحة لان الكوز مملوك للغاصب وهو ملك محترم فيكون المنصوب منه الصفر في كسره
 كغيره وكذلك ان كسره قبل أن يقضى له بالقيمة لان الكوز مملوك لانه كان حادثاً
 بعمله فيكون الحال قبل القضاء بالقيمة وبعده سواء في حقه الا انه يحاسبه بما عليه لان
 المنصوب منه استوجب عليه قيمة الصفر والغاصب استوجب عليه قيمة الكوز فيتقاصان

ويترادان الفضل * فان غصب فضة فضر بها دراهم أو صاغها إناء فعلى قول أبي يوسف ومحمد
 رحمهما الله هذا والحديد والصفير سواء لان الاسم تبدل بصنعة الغاصب وكذلك الحكم فان
 البقرة لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة والدرهم تصلح لذلك ولا معتبر بالتمكن من الاعادة
 فان هذا موجود في الحديد والصفير ثم جعل هناك الثاني غير الأول وجعل الإناء حادثاً
 بعمل الغاصب فهذا مثله وأبو حنيفة رحمه الله يقول هنا للمغصوب منه أن يأخذها ولا أجر
 للغاصب وعلى فقال لانه فضة بعينها لا تخرج من الوزن بخلاف الحديد والصفير . وبهذا
 الحرف يستدل الكرخي في تقسيم الجواب هناك . ثم معنى هذا التعليل ان اسم العين لا يتبدل
 لان اسم العين هو الذهب والفضة وهو يبقى بعد الصنعة انما يتبدل اسم الصنعة فان الدرهم
 والدنانير اسم الصنعة وكذلك حكم العين باق فان حكم العين انه موزون ويجرى فيه الربا بعلّة
 الوزن وتجب الزكاة فيه باعتبار العين فأما صلاحية رأس مال الشركة والمضاربة فهو حكم
 الصنعة لا حكم العين ولهذا يقول ما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالذهب
 والفضة فاذا بقي اسم العين وحكم العين كان ذلك دليل بقاء العين المغصوب وان تعذر
 على المغصوب منه أخذه انما يتعذر للصنعة ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من
 الاصل وبه فارق الحديد والصفير فان الصنعة هناك تخرجها من الوزن ومن أن تكون مال
 الربا وللصنعة في غير مال الربا قيمة مع ان اسم العين وحكمه قد تبدل هناك كما قررنا * وان
 غصب حنطة فاستهلكها ثم باعها بشعير أو غيره مما يكال أو يوزن أو من العروض قبل
 القبض فلا بأس به يداً بيد لان الواجب مثل الحنطة في ذمته ويبيع الحنطة بالشعير جائز كيفما
 كان ولو كانت الحنطة عيناً فكذلك اذا كان ذلك ديناً إلا ان الدين بالدين حرام فيشترط
 قبض ما يقابلها في المجلس فلا تنعدم الدينية من الجانبين * وكذلك ان أقرضه طعاماً فله أن
 يأخذ ما بدا له بخلاف البيع والسلم يريد به ان الاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز والمسلم
 فيه في حكم المبيع فأما بدل القرض والغصب ليس في حكم المبيع حتى يجوز استقاط القبض
 فيه أصلاً في البراء فكذلك في الاستبدال به كالثمن في البيع * واذا غصب رجل دابة من
 رجل فاقام صاحبها البيئته انها نفقت عند الغاصب وأقام الغاصب البيئته انه قد ردها اليه
 وانها نفقت عنده فلا ضمان عليه وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسئلة وان بيئته
 المغصوب منه بطريق استصحاب الحال وبيئته الغاصب وافقت على أمر هو حادث وهو الرد

فكانت أولى بالقبول ﴿مسلم﴾ غصب من نصراني خمرًا فاستهلكها فعليه ضمان قيمتها عندنا
وقال الشافعي لا ضمان عليه وكذلك الخنزير . وجه قوله أن الخمر والخنزير محرمان العين ولا يضمن
بالاتلاف حقًا للمسلم فكذلك للذمي لأن حقوقهم دون حقوقنا وهذا لا نابعد الذمة إنما
ضمننا ترك التعرض لهم في الخمر والخنزير وإيجاب ضمان القيمة على المتلف أمر وراء ذلك
تحقق هذا أن ترك التعرض لا اعتقادهم أن الخمر والخنزير مال متقوم ولكن اعتقادهم
لا يكون حجة على المسلم المتلف في إيجاب الضمان وإنما يكون معتبراً في حقهم ولهذا لا نجد لهم
على شربها ولا ندع أحداً يتعرض لهم في ذلك ولا يتعرض لهم في الانسكحة أيضاً . والدليل
على أن اعتقادهم لا يكون حجة على الغير أن المجوسي إذا مات عن ابنتين أحدهما امرأته
فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً ولم يجعل اعتقادهم معتبراً في استحقاق التفضيل بشيء من
الميراث على الأخرى * وكذلك العبد المرتد لا يضمن للذمي بالاتلاف وإن كان هو يعتقد
أنه مال متقوم وأنه محق في اعتقاده ثم لم يصير اعتقاده حجة في إيجاب الضمان على المتلف
إلا أن هناك يتعرض له في ذلك لانا بعقد الذمة ماضين ترك التعرض لهم في ذلك . وحجتنا
في ذلك قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به
أهل الذمة من الخمر فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا ولوهم يبيعها وخذوا العشر من ثمنها . فقد
جعلها مالا متقوماً في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من الثمن (وذكر) أبو
عبيدة في كتاب الأموال أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب إلى عماله أن اقتلوا خنازير أهل
الذمة واحتسبوا لأصحابها بقيمتها من الجزية فهذا تنصيص منه على أنه مال متقوم في حقهم
يضمن بالاتلاف عليهم والمعنى فيه أن الخمر كان مالا متقوماً في شريعة من كان قبلنا وكذلك
في شريعتنا في الابتداء ثم إن الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين حيث
قال (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان)
إلى قوله تعالى فهل أنتم متتهون) فبقى في حق من لم يدخل تحت هذا الخطاب على
ما كان من قبل . هذا من حيث الصورة ومن حيث المعنى أن حرمة العين وفساد تقوم
ثبت بخطاب الشرع وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب
عنهم حين لم يعتقدوا الرسالة في المبلغ وانقطعت ولاية الإلزام بالسيف والحاجة لمكان عقد
الذمة ويصير في حقهم كأن الخطاب غير نازل فيبقى الحكم على ما كان . ألا ترى أن من

شرب الخمر من المساميين بعدما نزل خطاب التحريم قبل علمه به لم يكن معاتباً بذلك كما قال الله تعالى (ليس على الذين آمنوا و عملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية * وكذلك أهل قباء كانوا يصلون الى بيت المقدس بعدما نزلت فريضة التوجه الى الكعبة و جاز ذلك منهم كأن الخطاب غير نازل حين لم يبلغهم فهدموا مثله أيضاً . وأمر الانكحة على هذا وليس في هذا توسعة الامر عليهم بل فيه استدراج وترك لهم على الجبل وتمهيد بعقوبة الآخرة واخلو في النار وتحقيق لقول النبي صلى الله عليه وسلم الدنيا سجن المؤمن وجنة الكافر . وبهذا تبين فساد ما قال ان اعتقاده لا يكون حجة على المتلف لانا لا نوجب الضمان باعتبار اعتقاده ولكن يبقى ما كان على ما كان وهو المالية والتقوم * ثم وجوب الضمان بالاتلاف لا يكون به المحل مالا متقوماً ولكن شرط سقوط الضمان بالاتلاف انعدام المالية والتقوم في المحل وهذا الشرط لم يثبت في حقهم مع أننا لما ضمننا بعقد الذمة ترك التعرض لهم فقد التزمنا حفظها وحمايتها لهم والعصمة والاحراز تم بهذا الحفظ ووجوب الضمان بالاتلاف ينبغي على ذلك فكان هذا من ضرورة ماضئناه بعقد الذمة بخلاف قتل المرتد فانا ماضئنا لهم ترك التعرض في ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين وكان نظير ذلك من العقود الربا فانه يتعرض لهم في ابطال عقود الربا بينهم لانا لم نضمن لهم ترك التعرض لهم في ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد . وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد ولا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى (وأخذهم الربوا وقد نهوا عنه) وكذلك الجواب في موقوفة المجوسى الصحيح ان المسلم يضمها له بالنصب والاتلاف وهو قول أبى يوسف رحمه الله وقد روى عن محمد رحمه الله انه لا يضمها كالميتة والدم لانها ليست بمال في اعتقاد أهل الذمة وقد أمرنا ان نبني أحكام المجوس على أحكام أهل الكتاب كما قال النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب الحديث الا أن هذا ضعيف فانا في حكم الانكحة اعتبرنا اعتقاد المجوس من غير ان نبني ذلك على اعتقاد أهل الكتاب والعذر عن فضل الميراث بالزوجة بيناه في النكاح انه ليس من ضرورة الحكم بصحة النكاح استحقاق الميراث وهذا كله بخلاف مالمو أئلف متروك التسمية عامداً على شفعوى المذهب لان ولاية الاثم بالحاجة والدليل هنا ثابت وقد ثبت لنا بالنص أن متروك التسمية حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان (ولو) غصب نصراني من نصراني خمرأ فاستهلكها فعليه مثلها

لان الخمر من ذوات الامثال والمصير الى القيمة في ذوات الامثال عند العجز عن أداء المثل
 وذلك في حق المسلم دون النصراني لانه قادر على تملك الخمر من غيره بعوض ولهذا جازت
 المبايعة بالخمر فيما بينهم وان أسلم الطالب بعد ما قضي له بمثلها فلا شيء له على المستهلك لان
 الخمر في حق المسلم ليس بمال متقوم * ولو احتبس عنها عند النصراني له بالغصب والاستهلاك
 ثم يضمنه شيئاً فكذلك اذا احتبس ما صار ديناً منها ولكنه باسلامه يكون مبرئاً له عما كان
 له في ذمته من الخمر لانه يخرج بفعله من أن يكون مالا متقوماً في حقه ومن أن يكون
 متمكناً من قبضه وكذلك لو أسلما معاً لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب
 وحده أو أسلم المطلوب ثم الطالب فعلي قول أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة رحمهما الله
 الجواب كذلك وفي قول محمد رحمه الله تعالى وهو رواية عافية وزفر عن أبي حنيفة رحمهما الله
 على المطلوب قيمة الخمر . وجه قول محمد رحمه الله أن الاسلام الطارئ بعد تقرر سبب الضمان
 يجعل كالمقترن بالسبب كما ان الاسلام الطارئ بعد العقد قبل القبض يجعل كالمقترن بالعقد
 ثم اقتران اسلام المطلوب بغصب الخمر واستهلاكها لا يمنع وجوب ضمان القيمة بخلاف
 اسلام الطالب فكذلك الطارئ وهذا لان خمر الذمي يجوز أن يكون مضموناً في يد المسلم
 فكذلك يجوز أن يكون مضموناً في ذمة المسلم . وبهذا تبين انه ليس في اسلام المطلوب معنى
 البراءة وأما خمر المسلم يجوز أن يكون مضموناً في يد الذمي فكذلك في ذمته فكان إسلامه
 مبرئاً بهذا الطريق وهو انه يمنع بقاءها في ذمته بعده ولا يمكن جعل أصل السبب موجباً
 للقيمة في الاسلام المقارن لانه وجب به ضمان المثل فلا تجب به القيمة أيضاً بخلاف النكاح
 فان علي قول محمد يجب قيمة الخمر بعد اسلام أحدهما كانت بعينها أو بغير عينها لان اسلام
 الطالب مبرئ من حيث تعذر ابقائها في الذمة أو مضموناً في يد الزوج بعد اسلامهما ولكن
 هذا لا يمنع وجوب ضمان القيمة بأصل السبب لان هذه القيمة عوض عن البضع وشرط
 وجوبها صحة التسمية لبقاء استحقاق المسمى وقد كانت التسمية صحيحة حين كان المسمى
 مالا متقوماً يومئذ وأبو يوسف رحمه الله يقول تعذر قبض الخمر المستحق في الذمة بسبب
 الاسلام فلا تجب القيمة كما لو أسلم الطالب . وتحققه أنه لما وجب الخمر بالسبب ديناً في ذمته
 فلا يمكن ايجاب القيمة باعتبار أصل السبب ولا يمكن ايجاب القيمة عوضاً عما كان في الذمة
 لان شرطها تملك ما في الذمة بها والذمي لا يقدر على تملك الخمر من المسلم بعوض كما ان المسلم

لا يملك الخمر بموض فلا انعدام الشرط يتعذر استيفاء القيمة كماله هشم قلب فضة إنسان
ثم تلف المكسور في يد صاحب القلب ليس له ان يضمن الكاسر شيئاً لان شرط
تضمن القيمة تملك المكسور منه وذلك فائت وبه فارق الاسلام المقارن لان وجوب
القيمة هناك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار
الجنائية من غير ان يكون موجباً للملك في المحل عند التعذر كما في غصب المدير * وان غصب
خنزيراً فاستهلكه ثم أسلم أحدهما أو أسلماً فعليه قيمته لان بنفس الاستهلاك وجبت القيمة
هنا فان الحيوان ليس من ذوات الامثال والقيمة دراهم أو دنائير فلا يمتنع بقاؤها في
الذمة واستيفائها بعد اسلامها أو اسلام أحدهما * ولو غصب مسلم من مسلم خيراً فجعلها
خلاً ثم استهلكها فعليه خل مثلها لانه بعد ما جعلها خلا بقيت على ملك صاحبها حتى كان
له ان يأخذها منه فاذا استهلكها فقد استهلك مالا متقوماً لغيره وذلك موجب للضمان عليه
امانة كانت عنده أو مضمونة * وكذلك لو غصب جلد ميتة فدبغه بشيء لا قيمة له ثم
استهلكه فعليه ضمان قيمته لانه باق على ملك صاحبه ولهذا يتمكن من أخذه من غير
أن يعطيه عوضاً . ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يضمنه قيمته طاهراً غير مدبوغ لان
صفة الدباغ حصل بفعله فلا يوجب الضمان عليه ولكن من ضروته زوال صفة النجاسة
وذلك غير حاصل بفعله بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة . وأكثرهم على أنه يضمنه
قيمه مدبوغاً لان صفة الدباغ هنا تبع للجلد وهو غير معتبر منفرداً عن الجلد ولهذا لا يفرم
باعتباره شيئاً واذا صار أصل الجلد مضموناً عليه بالاستهلاك فكذلك ما يتبعه كالخمر اذا خلله
فأما اذا دبغه بشيء له قيمة ثم استهلكه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد مدبوغاً ويعطيه ما زاد الدباغ فيه * وجه قولهما ان الجلد
باق على ملك صاحبه بعد الدباغ وهو مضمون الرد على الغاصب ولكن يشترط ان يعطيه
ما زاد الدباغ فيه فاذا استهلكه كان ضامناً كالثوب المغصوب اذا صبغه ثم استهلكه وهذا للمعنيين
(أحدهما) ان الاستهلاك جنائية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي
الجلد على ملك صاحبه بعد ما صار مالا متقوماً كما في الثوب الا أن هناك السبب الأول
وهو الغصب غير موجب للضمان أيضاً فله أن يضمنه بأي السببين شاء وهنا الأول وهو الغصب
موجب للضمان فيتعين التضمن بالسبب الثاني وكان هو في هذا السبب كغيره * ولو استهلكه

غيره كان للمغضوب منه ان يضمن المستهلك ويعطى الغاصب ما زاد الدباغ فيه (والثاني) وهو انه لما بقي الجلد مضمون الرد عليه واذا تعذر رد عينها باستهلاكه يجب عليه رد قيمته لانه بالاستهلاك فوت ما كان مستحقا عليه والتفويت موجب للضمان وبه فارق ما لو هلك في يده فان التفويت منه لم يوجد وهو نظير المستعار اذا فوت المستعير رده بالاستهلاك ضمن قيمته بخلاف ما اذا فات بغير صنعه * وكذلك لو دبغه بشيء لاقيمة له أو جعل الخمر خلا فلا يضمن اذا فوت الرد بالاستهلاك ولا يضمن اذا هلك في يده * وحجة أبي حنيفة رحمه الله في ذلك ان المغضوب منه استفاد المالية والتقوم في هذا الجلد من الغاصب ببدل استوجبه الغاصب عليه فلا يكون له ان يضمنه شيئا بعد استهلاكه كما لو استهلك البائع المبيع قبل التسليم * وتقريره من وجهين (أحدهما) أن الاستهلاك غير موجب للضمان عليه باعتبار ما زاد الدباغ فيه لان ذلك كان مملوكا له قبل الاتصال بالجلد وبعد الاتصال بقي حقا له حتى كان له أن يحبسه ليستوفي بدله والجلد بدون هذا الوصف لا يكون مضمونا عليه بالاستهلاك كما لو استهلكه قبل الدباغ وبه فارق الثوب فان الاستهلاك فيه بدون صفة الصبغ موجب للضمان وبه فارق ما اذا دبغه بشيء لاقيمة له لان الصنعة ما بقيت حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يحبسه ولا يرجع بدله وكذلك الخمر اذا خلاه (والثاني) أن ما اتصل بالجلد من الصفة هنا مال متقوم للغاصب حقيقة وحكما وهو قائم من كل وجه وقد كان مالا قبل الاتصال بالجلد وبقي بعده كذلك وأما أصل الجلد لم يكن مالا متقوما قبل الدباغ وما كان مالا بنفسه ومتصلا بغيره يترجع على مالم يكن مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال فتكون العبرة للراجع واستهلاكه فيه غير موجب للضمان بخلاف الثوب لان الاصل هناك كان مالا قبل الاتصال وانما صار مالا بالاتصال ولما استويا في صفة المالية رجحنا ما هو الأصل . واذا دبغه بشيء لاقيمة له فالوصف هنا ليس بمال قبل الاتصال ولا بعده والأصل مال بعد الاتصال فرجحنا جانب الاصل لهذا ولا يقال في حال بقاء الجلد رجحنا حق صاحب الاصل حتى مكنا من أخذه . ويملك الوصف على الغاصب بعوض وهذا لان أخذ العين كان باعتبار الملك دون المالية والتقوم ولهذا كان متمكنا من استرداده قبل الدباغ وفي حكم الملك الاصل مرجح لانه كان مملوكا قائما بنفسه قبل الاتصال وبعبارة أخرى وجوب الضمان عند الاستهلاك باعتبار صفة المالية والتقوم وصفة الدباغ في معنى المالية والتقوم يترجع على

أصل الجلد فيعتبر ذلك في إيجاب الضمان * يحقق ما قلنا أن فائدة وجوب الضمان الاستيفاء ولا يستوفى منه قدر مالية الدبابة بالاتفاق وكيف يستوفى منه ما هو واجب له على غيره * ولو ظفر صاحب الحق بجنس حقه فاستهلكه لم يغرم شيئا فإذا ظفر بعين حقه فاستهلكه أولى أن لا يضمن شيئا فإذا تعذر إيجاب هذا القدر عليه انفصل أصل الجلد عن صفة الدبابة حكما فيعتبر بما لو كان منفصلا حقيقة فلا يجب عليه ضمان قيمة الجلد وهما قد اعتبرا هذا حتى قال لا يكون له أن يضمنه قيمة الجلد غير مدبوغ (ولو) غصب من رجل عينا فقال المنصوب منه للغاصب أبرأتك عن الغصب ثم هلك في يد الغاصب لم يضمن شيئا في قول علمائنا رحمهم الله . وقال زفر هو ضامن للقيمة لأن الإبراء عن العين لغو فإن الإبراء إسقاط والعين ليست بمحل له إذا تسقط حقيقة ولا يسقط ملك المالك عنها أيضا وإضافة التصرف إلى غير محله لغو . ولكننا نقول قوله أبرأتك عن الغصب أى عما وجب لى عليك بسبب الغصب بمنزلة إبراء المجنى عليه الجاني عن الجنابة وإبراء المشتري البائع عن العيب والواجب له بسبب الغصب رد العين عند قيامه ورد القيمة عندهلاكه وذلك قابل للإسقاط فيسقط عنه وإذا سقط عنه ذلك بقي العين أمانة في يده كالوديعة ولأنه لو أبرأه بعد تقرر الضمان عليه بالهلاك صح الإبراء فكذلك إذا أبرأه بعد تقرر السبب (ولو) غصب جارية خبلت عند الغاصب ثم ردها فولدت ثم هلكت بالولادة يجب عند أبي حنيفة رحمه الله على الغاصب ضمان قيمتها وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تقوم حاملا وغير حامل فيكون على الغاصب ضمان النقصان لأن الرد قد صح مع الحمل ولكنها معيبة بعيب الحمل وذلك موجب ضمان النقصان عليه فاما هلاكها بسبب الآلام الحادثة بعد الرد وهو الطلق فلا يطل به حكم الرد كما لو حمت الجارية عند الغاصب ثم ردها فهلكت أوزنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت من ذلك لم يضمن الغاصب النقصان عيب الزنا * وكذلك المبيعة إذا سلمها إلى المشتري وهى حبلى فماتت في الولادة لم يرجع المشتري على البائع بجميع الثمن بالاتفاق وأبو حنيفة رحمه الله يقول الواجب على الغاصب نسخ فعله بالرد ولم يوجد ذلك حين ردها لأعلى الوجه الذى قبضها ولما هلكت بالسبب الذى كان عند الغاصب يجعل فى الحكم كأنها هلكت عند الغاصب كما لو جنت عند الغاصب ثم ردها فدفعت فى الجنابة فإنه يضمن قيمتها ويجعل كأنه لم يردها أصلا بخلاف الحى لأن الهلاك لم يكن بالسبب الذى كان

عند الغاصب اما كان لضعف الطبيعة عن دفع آثار الحمى المتوالية وذلك لا يحصل بأوله الحمى عند الغاصب وان ذلك غير موجب لما كان بعده . وهنا أصل السبب ما كان عند الغاصب لان الحمل يوجب انفصال الولد وانفصال الولد يوجب آلام الولادة فما يحدث به يكون محالاً على السبب الأول . بخلاف الجلد لان الزنا يوجب جلداً مؤلماً غير جارح ولا متلف ولهذا يختار سوطاً لاثمرة له فلم يكن الهلاك محالاً به على السبب الذي كان عند الغاصب وهذا بخلاف الشراء لان الشراء يوجب تسليم المبيع الى المشتري على الوجه الذي يتناوله العقد وهو انه مال متقوم وقد وجد ذلك باعتبار ظاهر الحال وهو ان الغالب في الولادة السلامة فانما على الغاصب نسخ فعله وذلك في أن يردده كما قبضه ولم يوجد ذلك * ألا ترى أن البائع لو قطع يده ثم باعه وسلمه الى المشتري فأت من ذلك في يده لم يرجع بجميع الثمن بخلاف الغاصب اذا قطع يدها ثم ردها فأت من ذلك * ثم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هي قد تميت في يد الغاصب بعيب الزنا والحمل جميعاً * ففي القياس يضمن الغاصب نقصان العيب وهو قول محمد رحمه الله . وفي الاستحسان وهو قول أبي يوسف يضمن أكثرهما ويدخل الاقل في الأكثر . وكذلك عند أبي حنيفة اذا سلمت من الولادة ينظر الى نقصان الزنا ونقصان الحمل فعليه ضمان أكثرهما ولكن ان كان عيب الحمل أكثر فقد زال ذلك بالولادة فلا يلزمه الا قدر نقصان عيب الزنا وان كان عيب الزنا أكثر فعليه ضمان ذلك لان عيب الزنا لا يندم بالولادة فمحمد رحمه الله اعتبر الحقيقة وهو ان الحمل عيب آخر سوى عيب الزنا لتحقيق انفصال كل واحد منهما عن الآخر وأبو يوسف رحمه الله اعتبر اتحاد السبب وقال الحمل هنا حصل بذلك السبب فبحكم اتحاد السبب يدخل الاقل في الأكثر كما في نقصان البكارة مع العقر الواجب بالوطء فانه يدخل الاقل في الأكثر لاتحاد السبب فكذلك هنا والله سبحانه وتعالى أعلم

— كتاب الوديعة —

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء . الايداع عقد جائز لانه تصرف من المالك في ملكه وقد يحتاج اليه عند ارادة السفر والحاج يحتاج الى ايداع بعض ماله في كل موضع لينتفع به اذا رجع والمودع مندوب

الى القبول شرعاً لما فيه من الاعانة على البر قال الله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقال صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه . وبعد القبول عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها الى صاحبها لقوله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) وقد قيل في سبب النزول ان المراد رد مفتاح الكعبة على عثمان بن أبي طلحة لانه حين أتاه به قال خذه بأمانة الله تعالى ولكن ظاهر الآية يتناول كل أمانة قال صلى الله عليه وسلم من ائتمن أمانة فليؤدها وقال صلى الله عليه وسلم أدّ الامانة الى من ائتمنتك ولا تخن من خانك وقال صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا ائتمن خان . على الموحّد أن يحترز عما هو من علامة المنافق وذلك بأن يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ به مال نفسه فيضعها في بيته أو صندوقه لانه وعد لصاحبها ذلك وخلف الوعد مذموم واذا ترك الحفظ بعد غيبة صاحبها ففيه ترك الوفاء بما التزم والغرور في حق صاحبها وذلك حرام . فان وضعها في بيته أو صندوقه فهلكت لم يضمنه لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أودع وديعة فهلكت فلا ضمان عليه ولحديث ابن الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان . فلما راد بالمغل الخائن قال صلى الله عليه وسلم لا اغلال ولا اسلال في الاسلام . والاغلال الخيانة والاسلال السرقة وقد قيل المغل المنتفع من قولهم أرض مغل أي كثير الربيع والغلة فعلى هذا المراد المنتفع بغير اذن صاحبه . وقال عمر رضى الله تعالى عنه العارية كالوديعة لا يضمنها صاحبها الا بالتعدي . وقال على رضى الله تعالى عنه لا ضمان على راع ولا على مؤتمن . والمعنى فيه أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء رحمهم الله تعالى يد المودع كيد المودع ويستوي ان هلك بما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لان الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ولكن صفة السلامة عن العيب انما تصير مستحقا في المعاوضة دون التبرع والمودع متبرع * فان دفعها الى بعض من في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره فلا ضمان عليه اذا هلك استحسنانا . وفي القياس هو ضامن لانه استحفظ من استحفظ منه . ويؤيد وجه القياس قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم)

والمراد النساء فإن كان هو منها عن دفع مال نفسه الى امرأته فما ظنك في مال غيره * وجه الاستحسان أن المطلوب منه حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والانسان يحفظ مال نفسه بيد من في عياله على ما قيل قوام العالم بشيئين كاسب يجمع وساكنة تحفظ ولانه لا يجد بدا من هذا فانه اذا خرج من داره في حاجته لا يمكنه أن يجعل الوديعة مع نفسه واذا خلفها في داره صارت في يد امرأته حكماً وما لا يمكن الامتناع عنه عفو * وذكر في جملة من في عياله الأجير والمراد التلميذ الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مسانحة فأما الاجير بعمل من الاعمال كسائر الاجانب يضمن الوديعة بالدفع اليه . فاذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه فلا ضمان عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان عليه ولو يمكن تقصير فذلك من المودع بأن جعل دراهم الوديعة في كيس بال ولكن المختلط مشترك بينهما بقدر ملكهما فان هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما لانه ليس أحدهما بأن يجعل الهالك من نصيبه بأولى من الآخر والاصل في المال المشترك اذا هلك شيء منه ان ما هلك هلك على الشركة وما بقي على الشركة باعتبار أن الهالك يجعل كأن لم يكن (وان) فعل ذلك إنسان ممن هو في عيال المودع من صغير أو كبير أو مملوك أو أجنبي فلا ضمان فيه على المستودع لانعدام الخلط منه حقيقة وحكماً فان فعل من في عياله كفعله فيما هو مأمور به من جهته صريحاً أو دلالة وذلك لا يوجد في الخلط ولكن الضمان على الذي خلطها بمباشرة الفعل الموجب للضمان والصغير والكبير في ذلك سواء لان الصغير مؤاخذ بضمان الفعل فان تحقق الفعل بوجوده لا ينعدم بالحجر بسبب الصغر * ثم الخلط أنواع ثلاثة (خلط) يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بجنسه فهذا موجب للضمان لانه يتعذر به على المالك الوصول الى عين ملكه * وخلط يتيسر معه التمييز كخلط السود بالبيض والدراهم بالدنانير فهذا لا يكون موجباً للضمان لتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه فهذه مجاورة ليس بخلط * وخلط يتيسر معه التمييز كخلط الخنطة بالشعير فهو موجب للضمان لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ملكه الا يخرج والمتعسر كالمتعذر كما بيناه في الغصب * (فان قيل) تمييز الخنطة من الشعير ممكن بأن يصب من ماء فترسب الخنطة ويطفو الشعير قلنا في هذا إفساد للمخلوط في الحال . اثم الخنطة لا تخلو عن حبات الشعير كما لا تخلو الشعير عن حبات الخنطة فما كان من حبات الخنطة لصاحب الشعير يرسب وما كان من حبات الشعير لصاحب

الحنطة يطفو فمرفنا أن التمييز متعذر بهذا الطريق أيضاً وكذلك خلط الجياد بالزبوف ان كان بحيث يتعذر التمييز أو يتعسر فهو مسوجب للضمان على الخالط وان كان بحيث يتيسر التمييز لا يكون موجبا للضمان عليه * يقول فان لم يظهر بالخلط فقال احدهما أنا آخذ المخلوط وأغرم لصاحبي مثل ما كان له فرضي به صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا تراضيا على شيء صح ذلك في حقهما وان أبي ذلك احدهما فانه يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على التفسير الذي بيناه في الغصب قبل هذا الجواب . إنما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ورواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله في ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط فأما علي ما هو الظاهر من مذهب أبي حنيفة المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما لما فيه من الجبر عليه وأبو حنيفة لا يرى ذلك والأصح انه قولهم جميعاً لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل الي كل واحد منهما بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط أن ينتفع بالمخلوط قبل أداء الضمان فلبقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط إما صلحا بالتراضي أو ببيعاً وقسمة الثمن اذا لم يتراضيا على شيء * واذا كانت عند الرجل وديعة دراهم أو دنانير أو شيء من المكيل أو الموزون فانفق طائفة منهما في حاجته كان ضامناً لما أنفق منها اعتباراً للبعض بالكل ولو لم يصر ضامناً لما بقي منها لانه في الباقي حافظ للمالك وبما أنفق لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعض فهو كما لو أودعه وديعتين فانفق احدهما لا يكون ضامناً للأخرى . فان جاء بمثل ما أنفق فخلطه بالباقي صار ضامناً لجميعها لان ما أنفق صار ديناً في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون فعله هذا خلطاً لما بقي بملك نفسه وذلك موجب للضمان عليه * فان كان حين أنفق بعضها وجاء بمثله فخلط بالباقي أفتى بانه صار ضامناً لها كلها فباعها ثم جاء رب الوديعة فضمنها اياه وفي الثمن فضل قل يطيب له حصة ما خلطه بها من ماله من الفضل لانه ربح حصل على ملكه وضمانه ويتصدق بحصة الثاني من الوديعة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به لانه بالضمان قدم ملكه مستنداً الى وقت وجوب الضمان ولهذا نفذيعه فكان هذاربما حاصلاً على ملكه وضمانه فيطب له كما في حصة ملكه وهما يقولان هذاربما حصل له بكسب خبيث فانه ممنوع من بيع الوديعة

اما بقاء ملك المودع كما في الباقي بعد الخلط في احدى الروايتين أو لبقاء حقه على ما قلنا والربح
 الحاصل بكسب خبيث سبيله التصديق به ولان المودع عند البيع يخبر المشتري انه يبيع ملكه
 وحقه وهو كاذب في ذلك والكذب في التجارة يوجب الصدقة بدليل حديث قيس بن عروة
 السكاني قال كنا نتبايع في الاسواق بالاسواق ونسمى أنفسنا السماسرة فدخل علينا رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وسمانا بأحسن الاسماء وقال يا معشر التجار ان تجارتكم هذه يحضرها
 اللغو والكذب فشوبوها بالصدقة . فعملنا بالحديث في ايجاب التصديق بالفضل وهذا اذا
 كانت الوديعة شيئاً يباع فان كانت دراهم فالدراهم يشتري بها ثم ينظر ان يشتري بها بعينها
 وتقدها لا يطيب له الفصل أيضاً وان اشتري بها ونقد غيرها أو اشتري بدراهم مطلقة ثم
 تقدها يطيب له الربح هنا لان الدراهم لا تتعين بنفس العقد مالم ينضم اليه التسليم ولهذا لو
 أراد أن يسلم غيرها كان له ذلك فأما بالقبض يتعين نوع معين ولهذا لا يملك استرداد المقبوض
 من البائع ليعطيه مثلاً فلها قلنا اذا استعان في العقد والنقد جميعاً بالدراهم الوديعة أو المنصوبة
 لا يطيب له الفضل وكذلك ان اشتري بها ما كولا وتقدها لم يحل له أن يأكل ذلك قبل
 أداء الضمان ولو اشتري بدراهم مطلقة ثم نقد تلك الدراهم حل له أن ينتفع بها وفي النواذر
 لو اشتري ديناراً بمشرة دراهم ونقد الدراهم المنصوبة لم يحل له أن ينتفع بالدينار مالم يؤد
 الضمان لان صاحب الدراهم اذا استحق دراهمه فسد العقد ووجب عليه رد الدينار فكانت
 كالمقبوض بحكم عقد فاسد بخلاف مالم تقدها في ثمن الطعام لانه بالاستحقاق هناك لا يبطل
 الشراء بل يبقى الثمن ديناً في ذمته كما كان * وعلي هذا قالوا لو غصب ثوباً واشتري به جارية
 لم يحل له أن يطأها لانه لو استحق الثوب لزمه رد الجارية * ولو تزوج بالثوب المنصوب
 امرأة حل له أن يطأها لان المنصوب منه اذا استحق الثوب لا يبطل النكاح ولا التسمية
 (فان) كان أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته ثم بداله فردّه الى موضعه ثم ضاعت الوديعة فلا
 ضمان عليه لان رفته حفظ فلا يكون موجبا للضمان عليه * بقى مجرد نية الانفاق في حاجته
 وبمجرد النية لا يصير ضامناً كما لو نوى أن يغصب مال انسان وهذا لقوله صلى الله عليه
 وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عما حدثت به أنفسهم مالم يعملوا أو يتكلموا والعراقيون
 يقولون كادولما أي كاد يعصى فعصم والمعصوم لا يعاقب بعقوبة من عصى . ولئن صار ضامناً
 بارتفاع فمدعاه الى الوفاق برد العين الى مكانه وذلك يبرئه عن الضمان عندنا علي ما بينه بخلاف

ماسبق لان هناك انما جاء بملك نفسه فوضعه مكان ما أنفق ولهذا لا يكون عوداً الى الوفاق
 فيما خالف فيه وهنا انما جاء بالوديعة بعينها فتحقق عوده الى الوفاق وهذا أولى الوجهين عندي
 فانه لو باعها ثم ضمن قيمتها نفذ البيع من جهته وانما يستند ملكه بالضمان الى وقت وجوب
 الضمان فلو لم يكن الرفع للبيع موجباً للضمان عليه قبل البيع والتسليم لم يستند ملكه الى
 تلك الحالة فينبغي ان لا ينفذ بيعه والرواية محفوظة في هذا الكتاب وفي المضاربة ان البيع
 نافذ فعرفنا ان الالوجه هو الطريق الثاني (واذا) طلب المودع الوديعة فقال المستودع قد
 رددتها عليك فالقول قوله مع يمينه لانه أمين والقول قول الامين مع اليمين لانكاره السبب
 الموجب للضمان واخباره بما هو مسلط عليه وهو رد الوديعة على صاحبها والمودع هو الذي
 سلطه على ذلك فيجعل قوله كقول المسلط الا انه يستحلف لنفي التهمة عنه * وكذلك لو
 سرقت أو ضاعت أو ذهبت وقال لا أدري كيف ذهبت لانه أمين أخبر بما هو محتمل ولانه
 ينكر وجوب الضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو المنع بعد الطلب فلا يصدق
 إلا بحجة (واختلف) المتأخرون رحمهم الله فيما اذا قال ابتداء لا أدري كيف ذهبت فمنهم
 من يقول هو ضامن لها لانه جهلها بما قال والمودع بالتجهيل يصير ضامناً بخلاف ما اذا قال
 ذهبت ولا أدري كيف ذهبت لانه بقوله ذهبت يخبر بهلاكها ويكفيه هذا المقدار فلا
 معتبر بعد ذلك بقوله لا أدري كيف ذهبت والأصح انه لا يصير ضامناً لانه يخبر بهلاكها
 محترز عن الكذب والمجازفة في القول بقوله لا أدري كيف ذهبت وهذا لان أصل الذهاب
 معلوم من هذا اللفظ لا محالة وانما التجهيل في كيفية الذهاب والاخبار بأصل الذهاب يكفي
 في براءته عن الضمان * وان قال بعثت بها اليك مع رسولي وسمى بعض من في عياله فهو
 كقوله رددتها عليك لان يد من في عياله لما جعل كيدته في الحفظ فكذلك في الرد يد من
 في عياله كيدته فلا يصير بهذا مقراً بالسبب الموجب للضمان عليه (واذا) قال بعثت بها اليك
 مع أجنبي فهو ضامن حتى يقر المودع بوصولها اليه عندنا (قال) ابن أبي ليلى رحمه الله
 لا ضمان عليه وهذا بناء على أن عنده للمودع أن يودع غيره لانه يحفظ الوديعة على الوجه
 الذي يحفظ ماله وقد يودع الانسان مال نفسه من أجنبي فكذلك له أن يودع الوديعة من
 غيره فلا يصير ضامناً بالدفع الى غيره ليحفظ أو يرد كما في حق من في عياله * وعندنا ليس للمودع
 أن يودع غيره لان الحفظ يتفاوت فيه الناس والمودع انما رضي بحفظه وأمانته دون غيره فاذا

دفع الى أجنبي فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه فيكون ضامنا . بخلاف من في عياله فان المودع هو الحافظ له بيد من في عياله لان من في عياله في يده فما في يد من في عياله كذلك فأما اذا دفع الى أجنبي لا يكون هو حافظا له بل الاجنبي هو الحافظ له والمودع لم يرض بهذا فيكون ضامنا حتى يقر المودع بوصولها اليه فاذا أقر بذلك برئ عن الضمان بوصول المال الى يد صاحبه كما يبرأ الغاصب بوصول المنصوب الي يد صاحبه * وكذلك العارية في جميع ذلك لانها أمانة كالوديعة . وفي هذا بيان أن المستعير ليس له أن يودع أجنبيا كالمودع . وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله له ذلك لان للمستعير ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به وفي الاعارة ايداع وزيادة ولكن الأول أصح لان المستعير عندنا مالك للمنفعة فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له وهو المنفعة ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه فأما ايداعه من الغير فهو تصرف في العين ولاحق له في العين فيكون موجبا للضمان عليه كالإيداع من المودع * فان قال بعت بها اليك مع هذا الاجنبي أو استودعها اياه ثم ردها علي فضاقت عندي لم يصدق وهو ضامن لها لانه أقر بوجود السبب الموجب للضمان عليه ثم ادعى ما يسقط عنه فلا يصدق كالفاسد اذا ادعى رد المنصوب فان أقام البيينة علي ذلك برئ من الضمان لانه أثبت البراءة بالحجة والثابت بالبيينة كالثابت باقرار الخصم وهو مذهبنافان المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان وعند الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ . وبيانه في هذه المسئلة وفيما اذا لبس ثوب الوديعة ثم نزعها فملك وحجة الشافعي قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد . وهو حين أخذها للاستعمال صارت مضمونة عليه حتى لو هلك في تلك الحالة ضمنها فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولم يوجد ولان الوديعة تضمن بالخلاف من طريق القول وهو الجحود تارة وبخلاف من طريق الفعل أخرى ثم اذا ضمنها بالجحود لم يبرأ بذلك بخلاف ما لم يردها الى المالك فكذلك بالاستعمال بل أولى لان الاستعمال يتصل بالعين والجحود لا يتصل به * وقاس بالمستأجر للدابة الى مكان اذا جاوزه ثم عاد اليه لم يبرأ * وكذلك المستعير يعلم انه أمين ضمن الامانة بالخيانة ولان المودع معيره من المودع في الحفظ فاذا خالف فقد استرد يدعاريته وهو ينفرد به ثم اذا عاد الى الوفاق فقد أراد اعادة يده ثانيا منه وهو لا ينفرد به ولان موجب العقد هو الحفظ للمالك وبخلاف

يفوت موجب العقد اما لتركه الحفظ أصلاً أو لتركه الحفظ للمالك حين حفظها لنفسه فلا
 يبقى العقد بعد فوات موجهه . ولان الانسان انما يأتمن الامين علي ماله دون الخائن ومطلق
 العقد يتقيد بدلالة العرف كالشراء بمطلق الدراهم يتقيد بتقيد البلد وإذا تقيد العقد بما قبل
 الخلاف لا يبقى بعده * وحجتنا في ذلك أن الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف * وبيان
 الوصف انه قال احفظ مالي أو قال احفظه أبدا ولا يشكل على أحد أن هذا اللفظ يتناول
 الحفظ قبل الخلاف وبعده ثم لم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما هو موضع لا بطلاله أو
 بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لا بطل الايداع وهو لا ينافيه * ألا ترى ان الامر بالحفظ
 مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أو دعتك وهو مستعمل له والخلاف ليس
 برد لان الامر قول ورد القول بقول مثله ولان الخلاف يكون في حال غيبة المودع ولو
 قال رددت الأمر في هذه الحالة لم يرتد . ولانه تصرف في حفظ الواجب بالأمر على خلاف
 ما يوجبه وليس بتصرف في الأمر وصحة الامر كأن يكون الأمر أهلا له وكون الحفظ
 مقصوداً من الأمور ولم ينعدم شيء من ذلك بخلاف الجحود فانه رد للامر بعينه لان الجاحد
 يكون ممتلكا للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه
 أوامر الشرع فالجحود فيها رد والخلاف لا يكون رداً حتى لو ترك صوماً أو صلاة لم يكفر
 (وكذلك) في أوامر العباد اذا وكله يبيع عين بألف فباعه بخمسمائة وسلم لم تبطل الوكالة
 مع تحقق الخلاف ومع ان الوكالة جائزة غير لازمة كالإيداع . وعذره ان البيع لا يستغرق
 المدة فالامر به لا يبطل بالخلاف والحفظ يستغرق المدة فيبطل الامر به اذا خالف في بعض
 المدة هنا وهناك حتى يصير ضامناً * ويشكل بالاستئجار للحفظ فانه يستغرق المدة ثم
 لا يبطل بالخلاف من طريق الفعل وعذره عن الاجارة انها لازمة حتى لا يبطل بالجحود ضعيف
 لان بطلان العقد عنده بفوات المعقود عليه واللازم وغير اللازم فيه سواء انما يفترق اللازم
 وغير اللازم فيما هو رد . ثم في الاستئجار العقد ورد على منفعة الحافظ في المدة والمنفعة تحدث
 شيئاً فشيئاً فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ويكون باقيا فيما وراءه كبقاء
 المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل * فأما استئجار الدابة الى مكان فقد قال بعض أصحابنا
 رحمهم الله ان استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان بالعود الى ذلك المكان فيصير ضامناً
 بالمجاوزة لوجود سبب الضمان ثم بالعود الى ذلك المكان لا يعود العقد بينهما * ولو سلمنا

ف نقول العقد هناك يرد علي منافع الدابة في ذلك المكان فباخراج الدابة من ذلك المكان يفوت المعقود عليه أصلا وهنا العقد يرد علي منفعة الحافظ وبالاخلاف من طريق الفعل لم يفت جميع المعقود عليه انما وقع التغير في التسليم في بعضه لانه كان مأمورا بتسليم العين في المصر فاذا أخرجه يتغير التسليم من غير أن يفوت المعقود عليه حتى أن في الاجارة لو حمل عليها حملا آخر في ذلك المكان ثم نزع برئ عن الضمان لبقاء المعقود عليه وتمكن التغير كان في الاستيفاء . ولان المستأجر ضامن بالامساك لافي المكان المأمور به وهو في الامساك عامل لنفسه * ألا ترى انه لو أمسكها أياما في بيته كان ضامنا فلا يتحقق الرد منه بعد الخلاف اذا كان ممسكا لمنفعة نفسه فأما المودع لا يضمن بالامساك بل بالاستعمال وقد زال ذلك كله حتى ان في الاجارة اذا لم يضمن بالامساك برئ بترك الخلاف على ما قال في الاجارات اذا استأجرت المرأة ثوب صيانة لتلبسه أياما فلبست بالليل كانت ضامنة فاذا جاء النهار برئت لان الضمان عليها بالاستعمال ليلا دون الامساك (اذا) ثبت بقاء عقد الوديعة فنقول يد المودع كيد المودع فلما ان يحمل في حالة الخلاف كان العين في يد المالك والمستعمل متشبث به فان هلك من عمله ضمن والا فلا كما لو تشبث بثوب في يد صاحبه وهذا اختيار الهندواني رحمه الله . والأصح انه ضامن اذا هلك في حالة الخلاف سواء كان من استعماله أو من غير استعماله * وفي الكتاب ما يدل عليه فانه قال برئ عن الضمان وذلك لا يكون الا بعد صيرورة العين مضمونا عليه * ولو تنازعا في الهلاك انه كان في حالة الخلاف أو بعد ترك الخلاف كان القول قول المالك فعرفنا انه صار ضامنا وطريق صيرورته ضامنا تفويت المعقود عليه ونزع يده ضمنا للخلاف ولكن ما ثبت ضمنا للشيء يتقدر بقدره فقيما وراء زمان الخلاف يد المودع كيد المودع لبقاء العقد والاستدامة فيما يستدام له حكم الانشاء * ولو أودعه ابتداء برئ عن الضمان باعتبار ان يد المودع كيد المودع فكذلك هنا * وتبين بهذا ان استرداده يد عاريته كان مقصودا علي حالة الخلاف لانه ثبت ضمنا له ودعوى تقيد الامر بما قبل الخلاف كلام باطل فان أحدا لا يظن بصاحب المال أن يقول احفظ مالي ما لم تخن فاذا خنت فلا تحفظ ولكنه يقول احفظ ولا تخن فاذا خنت فترك الخيانة واحفظه لي لان مقصوده من الأمر بالحفظ أن يكون ماله مصونا عنده والحاجة الى ذلك في حالة الخلاف أظهر * واذا طلب المودع الوديعة فجدها المستودع

كان ضامناً لها لوجهين (أحدهم) أنه بالجحود صار مملوكاً فإن الشرع جعل القول قوله
 فيما في يده ولا يتملك أحد مال الغير بغير رضاه إلا بالضمان ولأن المالك عزله عن الحفظ
 حين طالبه بالرد فهو بالجحود صار مائناً المالك عن ملكه فوثق عليه يده الثابتة حكماً فيكون
 كالغاصب ضامناً بهذا الطريق . ولم يذكر في الكتاب إذا جحدتها لافي وجه المودع . فإن
 قال له إنسان ما حال وديعة فلان عندك فجحدتها أو جحدتها في وجه المودع من غير أن
 يطالبه بالرد بأن قال له ما حال وديعتي عندك ليذكره على حفظها فجحدتها . وذكر
 المصلين في اختلاف زفر ويقولون رحمهما الله أنه على قول زفر يكون ضامناً لما ذكرنا أنه
 بالجحود مملوك لها ومفوت يد المالك حكماً (وقال) أبو يوسف لا يكون ضامناً لأن المالك
 ما عزله عن الحفظ فيكون العقد باقياً وباعتبار بقائه يده كيد المالك في العين ولأن الجحود
 في حال غيبة المالك من الحفظ لأنه طريق لدفع طمع الطامعين عنها فلا يكون موجباً للضمان
 عليه . فإن أقام رب الوديعة البينة بعد جحود المودع أنه استودعه كذا ثم أقام المستودع البينة
 أنها ضاعت فهو ضامن لها لأنه بالجحود صار ضامناً وهلاك المضمون في يد الضامن يقرر
 عليه الضمان . وكذلك أن أقام البينة أنها كانت ضاعت قبل جحوده لأن البينة لا تقبل إلا بعد
 تقدم الدعوى . وهو مناقض في كلامه فجحوده أصل الإيداع يمنع من دعوى الهلاك قبله
 فهذا لا تقبل بيئته إلا أن يقر المودع بذلك فيثبت لاضمان على المودع لأن الإقرار موجب
 بنفسه في حق المقر ولأن المناقض إذا صدقه خصمه كان مقبول القول . وإن قال لم تودعني
 شيئاً ثم قال قد أودعتهى ولكنها هلكت فهو ضامن لها لما بينا أن جحوده أصل الإيداع يمنع
 من دعوى الهلاك قبله والهلاك بعد الجحود يؤكد الضمان عليه . وإن قال قد أعطيتكم ثم قال
 بعد أيام لم أعطكمها ولكنها ضاعت لم يصدق وهو ضامن لها . وطعن عيسى في هذا وقال لا ضمان
 عليه لأنه تكلم بكلامين لو تكلم بكل واحد منهما على الأفراد لم يكن ضامناً فيمجموعهما
 كيف يصير ضامناً . وتقرير هذا من وجهين (أحدهما) أن الضمان يستدعى سبباً لا محالة ولم
 يوجد لأن قبضه باذن المالك ولم يوجد منه جحود ليكون ضامناً (والثاني) أن قول المودع
 رددتها أو هلكت معتبر في نفي الضمان عنه لافي ثبوت الرد به ولهذا لو ادعى الرد على
 الوصي لم يضمن الوصي شيئاً وإذا كان المقصود نفي الضمان عنه ولا تناقض بين كلاميه فيما
 هو المقصود لا يكون ضامناً شيئاً . ووجه ظاهر الرواية أنه مناقض في كلامه لأن إخباره بالرد

يمنعه من دعوى الهلاك في يده واخباره بالهلاك في يده يمنعه من دعوى الرد فسقط اعتبار كلامه للتناقض فيبقى ساكتاً ممتنعاً من رد الوديعة بعد ما طواب بها وذلك سبب موجب للضمان عليه فكان ضامناً لهذا * فان قال استودعني ألف درهم فضاعت وقال الطالب كذبت بل غصبتها مني فالقول قول المستودع لان المقر له يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب والمستودع منكر لذلك ولم يسبق منه اقرار بسبب موجب للضمان انما ذكر أن صاحب المال وضع ماله في موضع فضاع وفعل الانسان في مال نفسه لا يكون موجبا للضمان على غيره * وان قال المستودع أخذتها منك وديعة وقال الآخر بل غصبتها فهو ضامن لها لا قراره بوجود الفعل الموجب للضمان منه في ملك الغير وهو الاخذ . قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك اياه في الاخذ فلا يصدق على ذلك ويكون ضامناً الا أن يقيم اليينة أو يأتي المالك اليمين فيقوم نكوله مقام إقراره * وان قال رب المال بل أقرضتكها قرضاً وقال المستودع بل وضعتها عندي وديعة أو أخذتها منك وديعة وقد ضاعت فلا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان الاخذ حصل باذن المالك فلا يكون موجبا للضمان الا باعتبار عقد الضمان والمالك يدعى ذلك بقوله أقرضتكها والمودع منكر فكان القول قوله لانكاره . ثم بين في خلط الخنطة بالشعير انه ان كان بحيث يستطيع ان يخلص فلا ضمان على المودع وقد يكون ذلك بأن يدق حبات الخنطة فتغربل فتتميز من الشعير فاذا كان بهذه الصفة كان هذا كخلط البيض بالسود فلا يكون موجبا للضمان * رجل * استودع رجلاً ألف درهم وله على المستودع ألف قرض فأعطاه ألف درهم ثم اختلفا بعد أيام فقال الطالب أخذت الوديعة وقال المستودع أعطيت القرض وقد ضاعت الوديعة فالقول قول المستودع لانه هو الدافع للألف فالقول قوله انه من أي جهة دفعه وقد زعم انه دفعه عن جهة قضاء الدين فبرىء من الدين به وبقيت الوديعة في يده وقد أخبر بهلاكها فالقول قوله في ذلك يوضحه انه لو لم يدفع اليه شيئاً حتى أخبر بهلاك الوديعة كان القول قوله ولا يجب عليه الا أداء الالف بدل القرض فكذلك اذا أخبر بهلاك الوديعة بعد أداء الالف * رجل * استودع صبياً معجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو ضامن في قول أبي يوسف والشافعي رحمهما الله * وجه قولهما ان ضمان الاستهلاك ضمان فعل والصبي والبالغ فيه سواء

لما بينا أن تحقق الفعل بوجوده . ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة فقتلها
الصبي كان ضامنا بهذا الطريق فكذلك في سائر الأموال ولأن الأيداع من الصبي باطل لأنه
استحفاظ من لا يحفظ مكانه لم يودعه ولكنه جاء فأتلف ماله واستحفاظ من لا يحفظ تضییع
للمال فكانه ألقاه على قارعة الطريق ولو فعل ذلك فأتلفه صبي كان ضامنا فكذا هذه وحجة
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما قال في الكتاب لأنه صبي وقد سلطه رب المال على ماله حين دفعه
إليه (وفي) تفسير هذا التسليط نوعان من الكلام (أحدهما) أنه تسليط باعتبار العادة لأن
عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في عواقب الأمور فهو لما مكنه من ذلك مع علمه بحاله يصير
كالأذن له في الاتلاف وبقوله احفظ لا يخرج من أن يكون أذنا لأنه إنما يخاطب بهذا من
لا يحفظ فهو كقدم الشعير بين يدي الحمار وقال لا تأكل . بخلاف العبد والأمة لأنه ليس من
عادة الصبيان القتل لأنهم يهابون القتل ويفرون منه فلا يكون أيداعه تسليطا على القتل باعتبار
عادتهم وهذا بخلاف الدابة فإن من عادتهم اتلاف الدواب ركوبا فيثبت التسليط في الدابة
بطريق العادة . والاصح أن تقول معنى التسليط تحويل يده في المال إليه فإن المالك باعتبار يده
كان متمكنا من استهلاكه فإذا حول يده إليه صار متمكنا له من استهلاكه بالغا كان المودع
أوصيا إلا أنه بقوله احفظ قصد أن يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره
وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لأنه لما التزم بالعقد والصبي ليس من أهله
فيبقى التسليط على الاستهلاك بتحويل اليد إليه مطلقا بخلاف العبد والأمة فإن المالك باعتبار
يده ما كان متمكنا من قتل الأدمى فتحويل اليد إليه لا يكون تسليطا على قتله . ولأن
الأيداع من المالك تصرف في ملكه والمملوك في حكم الدم مبقى على أصل الحرية فلا يتناوله
الأيداع والتسليط يثبت باعتباره . بخلاف الموقوف أقتل عبدي لأن ذاك استعمال والاستعمال
وراء التسليط فإن بعد الاستعمال إذا لحقه ضمان يرجع على المستعمل وبعد التسليط يسقط
حق المسلط في التضمين لرضاه به ولا يثبت لاحد حق الرجوع عليه ولهذا قلنا في هذا
الموضع أن الصبي المستهلك إذا ضمن للمستحق لا يرجع على المودع بخلاف ما لو قال له أتلفه
فذلك استعمال للصبي وهذا تسليط له بمنزلة قوله أجب لك أن تأكل هذا الطعام إن شئت
ولو قال ذلك فأكله الصبي لم يضمن ولو جاء مستحق وضمنه لم يرجع على الذي قال له ذلك
فهذا مثله إلا أن أبا يوسف يقول قوله احفظه بمنزلة الاستثناء مما تناوله مطلق التسليم

والاستثناء تصرف من المستثنى على نفسه في حقه فلا يعتبر لصحته حال المخاطب به أو ثبوت ولاية له عليه بل باستثنائه يخرج ما وراء الحفظ. من هذا التسليط. فإذا استهلكه الصبي كان مستهلكاً بغير اذنه ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان التسليط بالفعل وهو نقل اليد اليه مطلقاً وقوله احفظ كلام فلا يتحقق استثنائه من الفعل المطلق بل يكون معارضاً لذلك الفعل الذي هو تسليط ولا يكون معارضاً إلا بعد صحته حكماً لكون المخاطب من أهل الالتزام بالعقد وذلك في حق البالغ دون الصبي فيبقى التسليط مطلقاً في حق الصبي * والدليل عليه ان الصبي لو ضيع الوديعة لم يضمن بأن رأى إنساناً يأخذها أو دله على أخذها والبائع يضمن بمثله فعرّفنا ان المعارض صحيح في حق البالغ دون الصبي * وعلى هذا لو أودع عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لم يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يعتق لان المعارض صحيح في حقه دون المولى فإنه التزام بالمقد وعلى قول أبي يوسف يباع فيه في الحال لان المودع يتصرف على نفسه في الاستثناء فيبقى الاستهلاك بغير اذنه * فان كان العبد صبيّاً لم يضمن عندهما في الحال ولا بعد البلوغ والعق لان المعارض لم يصح في حقه ولا في حق المولى وان كان الصبي أو العبد مأذوناً كان ضماناً في الحال لان المعارض قد صح في حقهما وفي حق المولى فالأذن من أهل الالتزام بالمقد ولهذا يؤخذ ان ضمان التضييع * وعلى هذا الخلاف لو أقرض صبيّاً محجوراً عليه أو عبداً محجوراً عليه مالا فاستهلكه لان التسليم اليه تسليط وقوله أقرضتك معارض لقوله احفظ في الوديعة على ما بينا * وكذلك لو باع من صبي محجور عليه أو عبداً محجور عليه شيئاً فاستهلكه فهو على هذا الخلاف لان التسليم اليهما تسليط وقوله بعته معارض فلا يعمل هذا المعارض في حق الصبي أصلاً ولا في حق العبد حتى يعتق فهذا هو الحرف الذي يخرج عليه هذه المسائل (وان) ما كنت الوديعة عند الصبي والعبد فلا ضمان عليهما لانعدام صنيع موجب للضمان منهما * وفي قتل العبد والامة يحج عليهما ما يجب قبل الايداع فعلى عاقلة الصبي قيمة المقتول في ثلاث سنين عمداً قتله أو خطأ لان عمد الصبي وخطأ سواء وعلى المملوك القصاص ان قتله عمداً وان قتله خطأ يخاطب المولى بالدفع أو الفداء في العبد وعليه القيمة في المدبر وأم الولد يعني الاقل من قيمة المقتول وقيمة القاتل وعلى المكاتب أن يسمى في الاقل من قيمته ومن قيمة المقتول * ولو أودع رجلاً شيئاً فاستهلكه ابن له صغير أو عبداً فعلى المستهلك ضمانه في الحال

لأن قبوله الوديعة يكون إذا لمن في عياله بأن يحفظها والصبي والعبد إذا كان مأذوناً في حفظ الوديعة يؤخذ بضمان الاستهلاك * رجل استودع رجلاً ألف درهم فدفعها المستودع إلى آخر وادعى أن رب الوديعة أمره بذلك لم يصدق عليه إلا بينة (وقال) ابن أبي ليلى هو مصدق في ذلك مع يمينه لأن عنده للمودع أن يودع وهو منكرو لوجوب الضمان عليه فأما عندنا ليس للمودع أن يودع فدفعه إلى الثاني سبب لوجوب الضمان عليه ثم يدعى ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن فلا يصدق إلا بينة كما لو أخذ مال إنسان فادعى أنه أخذه بأذنه . وله أن يستحلف صاحبها أنه لم يأمره بالدفع لأنه لو أقر بالامر برئ المودع فإذا أنكر يستحلف لرجاء نكوله * فإن كان رب الوديعة أمره أن يدفعها إلى رجل فقال قد دفعتها وقال الرجل لم أقبضها منك وقال رب الوديعة لم تدفعها فاقول قول المودع مع يمينه لأن دعواه الدفع إلى من أمر المالك بالدفع إليه بمنزلة دعواه الدفع إلى مالكها فيكون مصدقاً في براءته عن الضمان دون وصول المال إلى ذلك الرجل حتى لا يضمن ذلك الرجل ما لم تقم البينة على قبضه * وإذا قال صاحب الوديعة للمودع أخبأها في بيتك هذا خبأها في بيت آخر في داره تلك فضاغت فلا ضمان عليه استحساناً وفي القياس هو ضامن لأنه خالف أمره نصاً فهو كما لو قال أخبأها في دارك هذه خبأها في دار أخرى فهلك * وفي الاستحسان يقول نعماً يعتبر من كلامه ما يكون مفيداً دون ما لا يكون مفيداً . ألا ترى أنه لو قال احفظها بيمينك دون يسارك أو انظر إليها بعينك اليمنى دون اليسرى لم يعتبر لأنه غير مفيد * إذا ثبت هذا فتقول البيتان في دار واحدة لا يتفاوتان في معنى الحرزية لأن الكل حرز واحد ألا ترى أن السارق إذا أخرج المتاع من أحد البيتين إلى البيت الآخر لم يقطع إذا أخذ قبل أن يخرج من الحرز فأما الداران يتفاوتان في الحرز فكان تقييده في الدار مفيداً لأن كل دار حرز على حدة * ألا ترى أنه لو قال له لا تخرج بها من الكوفة فخرج بها إلى البصرة كان ضامناً لها لأن التقييد في المصرين مفيد فإن انتقل من الكوفة إلى البصرة أو إلى غيرها لشيء لم يكن له منه يد فهلك فلا ضمان عليه لأن المودع إنما يلتزم شرط المودع بحسب مكانه * ألا ترى أنه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلاً ولا نهاراً فوضعها في بيته فهلك لم يضمنها لأن ما شرط عليه ليس في وسعه باعتبار العادة فكذلك يسقط اعتبار شرطه إذا لم يجد بداً من الانتقال من بلد إلى بلد فلا ضمان عليه

اذا هلك وت هذا بناء على اصلنا فان للمودع أن يسافر بالوديعة عند اطلاق العقد . وعند الشافعي ليس له ذلك لان فيه تعريض المال للهلاك قال صلى الله عليه وسلم المسافر ومتاعه وماله على قلب الا ما وقى الله تعالى وليس للمودع تعريض الوديعة للتلف وهذا بخلاف الأب والوصي والمضارب فانهم يسافرون للتجارة وطلب الربح . ألا ترى أن لهم أن يسافروا بالمال من طريق البحر وليس للمودع حق التصرف والاسترباح في الوديعة ولهذا لا يسافر من طريق البحر . يوضحه ان مقصود المودع أن يكون ماله في المصر محفوظا يتمكن منه متى شاء ويفوت عليه هذا المقصود اذا سافر المودع به . وحجتنا في ذلك أن الأمر مطلق فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان وهذا لان من يراعى أمره في شيء يراعى اطلاق أمره كأمر الشرع والامكنة كلها في صفة الامر سواء إنما الخوف من الناس دون المكان فاذا كان الطريق آمنا كان الحفظ فيه كالحفظ في جوف المصر ومراد رسول الله صلى الله عليه وسلم بيان الحالة في ذلك الوقت فان المسلمين كانوا لا يأمنون خارج المدينة لغلبة الكفار ألا ترى أنه فيما أخبر من الامر بعده قال يوشك أن تخرج الظعينة من القادسية الى مكة لا تخاف الا الله تعالى والذئب على غنمها ولا يجوز أن يتقيد مطلق أمره بالعرف والمقصود لان النص مقدم على ذلك والمقصود مشترك فقد يكون قصده أن يحمل المال اليه خصوصاً اذا سافر الى البلد الذي فيه صاحب المال ولان المودع لا يتعذر عليه الخروج للسفر في حاجته بسبب قبول الوديعة واذا خرج فاما أن يدفع الوديعة الى غيره فيكون تاركاً للنص لانه أمره أن يحفظ بنفسه واما أن يحمل مع نفسه فيكون مخالفاً لمقصوده ولا شك ان مراعاة النص أولى من مراعاة المقصود ولهذا قال أبو حنيفة ماله حمل ومؤنة وماله حمل له ولا مؤنة في ذلك سواء بعدت المسافة أو قربت لمراعاة النص وهو القياس . واستحسن أبو يوسف رحمه الله فقال اذا كان له حمل ومؤنة فليس له أن يسافر به لانه يلزم صاحبها مؤنة الرد ولا ولاية له عليه في الزام المؤنة اياه . واستحسن محمد رحمه الله فقال اذا قربت المسافة فله أن يسافر بها واذا بعدت المسافة فليس له ذلك لانه يعظم الضرر والمؤنة على صاحبها عند بعد المسافة اذا أراد ردها * ولو أودعه وديعة فقال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهى عنه فهلكت فان كان يجدد بداً من الدفع اليه بأن كان له سواء أهل وخادم فهو ضامن وان كان لا يجد بداً من ذلك لم يضمن لان شرطه هذا مفيد وقد

يأتمن الانسان الرجل على ماله ولا يأتمن زوجته الا أنه انما يلزمه مراعاة شرطه بحسب
الامكان فاذا كان يجده بداً من الدفع الى من نهاه عنه فهو متمكن من حفظها على الوجه المأمور
به فيصير ضامناً بحفظها على الوجه المنهى عنه واذا كان لا يجده بداً من ذلك فهو حافظ لها
بحسب الامكان وليس عليه أكثر من ذلك فلا يضمنها * واذا استعمل المودع الوديعة وأقر
بذلك ثم قال رددتها الى مكانها فهلكت لم يصدق الا بينة لان السبب الموجب للضمان عليه
وهو الاستعمال معلوم ثم ادعى ما يسقط الضمان عنه وهو ترك الخلاف قبل الهلاك فلا يصدق
الا بحجة فان أقام البينة أنه رده الى موضعه صحيحاً ثم هلك كان الثابت بالبينه كالثابت باقرار
الخصم فلا يضمن شيئاً عندنا * وان كانت الوديعة أمة فوطئها المودع فولدت فالولد مملوك
لصاحب الاصل وعلي المودع الحد ولا يثبت نسب الولد منه لان فعله زنا محض وكونها
وديعة عنده لا يمكن في شبهة المحل الا أن يدعى شبهة نكاح أو شراء فحينئذ يسقط الحد عنه
ويغرم العقر للشبهة (واذا) استودع رجلان رجلاً وديعة من دراهم أو دنائير أو ثياب أو
دواب أو عبيد ثم حضر أحدهما وطلب حقه منه لم يكن له ذلك حتى يجتمعا ولو خاصمه الى القاضي
لم يأمره بدفع نصيبه اليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يأمره
بأن يقسم ذلك ويدفع نصيبه اليه ولا تكون قسمته جائزة على الغائب. وعن محمد في الامالي
قال قول أبي حنيفة أقيس وقول أبي يوسف رحمه الله أوسع. وجه قولهما ان كل واحد من
المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه في غيبة الآخر كالشر يكتفي في الدين
اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه وهذا لانه يجب دفع الضرر عن الحاضر
كما يجب دفع الضرر عن الغائب وانما يندفع الضرر عنهما فيما قلنا بأن يقسم فيدفع الى الحاضر
نصيبه ليندفع الضرر عنه ثم لا تنفذ قسمته على الغائب حتى اذا هلك الباقي في يده ثم حضر
الغائب كان له أن يشارك الحاضر فيما قبض دفماً للضرر عنه هذا في المكيل والموزون ووضح
فان الحاضر له أن ينفرد بأخذ نصيبه منهما مع غيبة الآخر فكذلك للمودع أن يدفع نصيبه
اليه وقدينا نظيره في مال المفقود ومذهب أبي حنيفة مروي عن علي رضي الله تعالى عنه والمعنى
فيه انه لو دفع شيئاً الى الحاضر فاما أن يكون المدفوع من نصيبهما جميعاً أو نصيب الحاضر
خاصة ولا يمكن أن يجعل ذلك من نصيب الحاضر خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد قسمة معتبرة
وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة فلم يبق الا أن يكون المدفوع من النصيبين

ودفع مال الغير الى الغير يكون جنایة فلا يكون للمودع أن يباشر ذلك ولا يأمره القاضى به
والحاضر وان كان يتضرر بهذا فقد رضى بالتزام هذا الضرر حين ساعد شريكه على الايداع
قبل القسمة وان كان يتمكن هو من أخذه فكذلك لا يدل على أنه يكون للمودع أن يدفع
اليه . ألا ترى أن صاحب الدين اذا طالب المودع بقضاء دينه من الوديعة لم يؤمر المودع
بذلك ولو ظفر به وهو من جنس حقه كان له أن يأخذه وهذا بخلاف الدين لان المديون
انما يقضى بالدين من ملك نفسه فدفعه نصيب الآخر اليه تصرف في ملكه وليس فيه قسمة
على الغائب فلهذا يؤمر بخلاف ما نحن فيه ﴿ رجل ﴾ أودع رجلا دراهم فجاء رجل فقال
أرسلنى اليك صاحب الوديعة لتدفعها الى صدقه ودفعها اليه فهلكت عنده ثم حضر
صاحبها وأنكر الرسالة فانه يضمنها له لانه دفع ماله الى غيره وبتصادقهما لا يثبت الأمر
في حق المالك اذا أنكر فكان ضامنا ولا يرجع بها على الرسول اذا كانت الوديعة هلكت
في يده أو زعم أنه أوصلها الى صاحبها لانه قد صدقه فانه رسول أمين وان المالك ظالم في
تضمينه إياه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره الا أن يكون المقبوض قائما بعينه في يده فيأخذه
لانه قد تملكه بأداء بدله وان كان كذبه في دعوى الرسالة أو لم يصدقه ولم يكذب به ودفع
المال اليه ثم جاء المالك فضمنه فله أن يرجع على الرسول لانه لم يقر بأنه كان أمينا ولكن
دفع المال اليه بناء على قوله انه رسول المالك وانه لا يلحقه غرم بسبب الدفع اليه فاذا لحقه
غرم كان له أن يرجع عليه به ولو صدقه في دعوى الرسالة ودفعه اليه وضمنه يعنى ان
الرسول قال له ان لحقت فيه غرم فأنا ضامن لك ثم حضر المالك وضمنه فله أن يرجع على
الرسول لانه قد ضمن له ذلك وهذه كفالة مضافة الى سبب وجوب المال فانهما يتصادقان
أن المالك ظالم وأن ما يقبضه دين عليه للمودع والرسول ضمن له ذلك مضافا الى سبب
الوجوب فلهذا طالبه به (واذا) كان عند رجل وديعة أو عارية أو بضاعة فقصبتها منه رجل
فهو خصمه فيها عندنا . وقال الشافعى رحمه الله تعالى لا خصومة بينهما حتى يحضر المالك
ولان المال ملك صاحبه فانما يخاصم في الاسترداد هو أو وكيله والمودع ليس بوكيل عنه في
الخصومة فلا يخاصم في الاسترداد كاجنبي آخر . ولكننا نقول للمودع بد معتبرة في الوديعة
وقد أزالها الغاصب فكان له أن يخاصم عن نفسه لاعادة اليد التي أزالها بالغصب ولانه
مأمور بالحفظ من جهة المودع ولا يتأتى له الحفظ الا باسترداد عينه من الغاصب أو استرداد

قيمته بعد هلاك العين ليحفظ ماليته عليه فكان كالأمر به دلالة وفي إثبات حق الخصومة
 له تحقيق معنى الحفظ لأن الغاصب إذا علم أن المودع لا يخاصمه في حال غيبة المودع تجاسر على
 أخذه فلماذا كان المودع فيه خصماً * وإن كانت الوديعة عند رجلين من ثياب أو غيرها
 فاقسمها وجعل كل واحد منهما نصفها في بيته فهلك أحدهما النصفين أو كلاهما فلا ضمان
 عليهما. وهكذا أمر الناس لأنهم لا يستطيعان أن يجتمعا على حفظها في مكان واحد لما بيننا
 أن المودع إنما يلتزم الحفظ بحسب إمكانه ومعلوم أنهما لا يقدران على أن يتركا جميع
 أشغالهما ويجتمعا في مكان واحد لحفظ الوديعة والمالك لما أودعهما مع علمه بذلك فقد صار
 راضياً بقسمتها وحفظ كل واحد منهما للنصف دلالة والثابت بالدلالة كالثابت بالنص .
 وإن أيا القسمه وأودعاه عند رجل فهلك ضمانه لتركهما ما التزمه من الحفظ . والمستبضعان
 والوصيان والعدلان في الرهن قياس المودعين في ذلك . فإن تركها أحدهما عند صاحبه وإن
 كان ذلك شيئاً لا يحتمل القسمه فلا ضمان على واحد منهما إذا هلك لأن المالك لما أودعهما
 مع علمه أنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما
 جميعه * ألا ترى أنهما يتهايان في الحفظ وفي مدة المأوى يتركة كل واحد منهما عند صاحبه
 في نوبته * فإن كان شيئاً يحتمل القسمه فتركة أحدهما عند صاحبه فلا ضمان على الذي هلك
 في يده لأنه مقبل على حفظه وهو في نصيب صاحبه مودع المودع ومودع المودع عند أبي
 حنيفة لا يضمن فأما الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله فإنه ضامن للنصف لأنه ترك الحفظ
 الذي التزمه مع الامكان فانهما يتمكنان من القسمه ليحفظ كل واحد منهما نصفه . وعندهما
 لا يضمن شيئاً لأنه لما أثمتهما فقد صار راضياً بحفظ كل واحد منهما له كما لا يحتمل القسمه
 وقول أبي حنيفة أقيس لأن رضاه بأمانة اثنين لا يكون رضا بأمانة واحد فإذا كان الحفظ
 منهما يتأتى عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل وحده (وإذا) احترق بيت المودع
 وأخرج الوديعة مع متاعه ووضع في بيت جاره فهلك فهو ضامن في القياس لأنه ترك الحفظ
 الذي التزمه بالتسليم إلى غيره وعذره يسقط المأثم عنه ولكن لا يبطل حق المالك في
 الضمان . وفي الاستحسان لا ضمان عليه لأنه لا يجد بداً من هذا في مثل هذه الحالة ولأن
 وضعه في بيت جاره في مثل هذه الحالة من الحفظ لأنه يقصد به دفع الحرق عن الوديعة
 ألا ترى أنه إنما يحفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وإنما يحفظ مال نفسه في هذه

الحالة بهذا الطريق . أرأيت لو كان في سفينة فغرقت فناول الوديعة انسانا علي الجلد يمسكها
أ كان ضامنا (واذا) كانت الوديعة إبلا أو بقراً أو غنما وصاحبها غائب فان أنفق عليها
المستودع من ماله بغير أمر القاضي فهو متطوع لانه متبرع بالانفاق على ملك الغير بغير
أمره وان دفعها الى القاضي يسأله البيئنة لانه يدعى ثبوت ولاية الامر بالانفاق للقاضي فيه
فلا يصدق الا بيئنة فان أقام البيئنة انها وديعة عنده لقفلان أمره ان ينفق عليها من ماله
على قدر ما يرى القاضي لانه مأمور بالنظر والحيوان لا يبقى بدون النفقة والمودع لا ينفق
بغير أمره لانه لا يرضى بالتبرع به فيأمره بذلك نظراً منه للغائب ويكون ذلك ديناً على
رب الوديعة لان أمر القاضي في حال قيام ولايته كأمره بنفسه ولو أمره بأن ينفق كان
ما ينفقه ديناً له على المالك فكذا اذا أمره القاضي به فاذا جاء أجبره على رد نفقته عليه . وان
رأى القاضي أن يأمره ببيعها فعل ذلك واذا باعها جاز بيعه لان في الامر بالانفاق تلف بعض
المالية على المالك وفي البيع يتوفر عليه حفظ جميع المالية فلماذا نفذ بيعه بأمر القاضي * وان
لم يكن رفعها الى القاضي واجتمع عنده من ألبانها شيء كثير يخاف فسادها أو كان ذلك
ثمرة أرض فباع بغير أمر القاضي فهو ضامن لها ان كان في مصر يتمكن من استطلاع
رأي القاضي وان باعها بأمر القاضي لم يضمن لان القاضي نائب الغائب فيما يرجع الى
النظر له . ولو تمكن من استطلاع رأي المالك فباعه بغير أمره لم ينفذ بيعه وكان ضامناً
فكذلك اذا تمكن من استطلاع رأي القاضي فلم يفعل فأما اذا كان في موضع لا يتوصل
الى القاضي قبل ان يفسد ذلك الشيء لم يضمن استحساناً لان بيعه الآن من الحفظ
وليس في وسعه الا ما أتى به ﴿ وحكى ﴾ ان أصحاب محمد رحمهم الله مات رفيق لهم في
طريق الحج فباعوا متاعه وجهزوه به ثم رجعوا الى محمد رحمه الله فسألوا عن ذلك فقال لو لم
تفعلوا لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح * وان حمل عليها المستودع فنتجت ولم يكن
صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها لان الولد خير متولد من الاصل يملك بملك الاصل
وان هلك الامهات بذلك فالمستودع ضامن لها لانه مخالف حين أتى بغير ما أمر به
فيضمن ما هلك بسببه (ولو) أكرى الابل الى مكة وأخذ الكراء كان الكراء له لانه
وجب بعقده وليست الغلة كالولد ولا كالصوف واللين فان ذاك يتولد من الاصل فيملك
بملك الاصل وهذا غير متولد من الاصل بل هو واجب بالعقد فيكون للعائد . وقد بينا نظيره

في العصب (وان) ادعى المستودع أنه أنفق الوديعة على عيال المودع بأمره وصدقه عياله في ذلك وقال رب الوديعة لم آمرك بذلك فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لان المودع باشر سبب الضمان في الوديعة وهو الاتفاق وادعى ما يسقط الضمان عنه وهو اذن المالك فلا يصدق على ذلك الا ببينة واذا لم تكن له بينة فالقول قول رب الوديعة مع يمينه لانكاره وكذلك لو ادعى انه أمره بأن يتصدق بها على المساكين أو يهبها لفلان فان كانت الوديعة جارية فزوجها المستودع من رجل وأخذ عقرها فولدت ونقصتها الولادة ثم جاء سيدها له أن يأخذها وولدها وله أن يفسد النكاح لان المودع باشره بغير رضاه فكان موقوفا على اجازته واذا فسد النكاح أخذ عقرها لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر كالارث فيكون بمنزلة المتولد من العين بخلاف الأجر * ويضمن المستودع نقصان الولادة ان كانت الولادة تقصتها ولم يكن في الولد وفاء بها وان كان في الولد وفاء بها انجبر النقصان بالولد لان المودع صار كالغاصب فيما صنع وقد بينا هذا الحكم في حق الغاصب وان كان نقصانها من غير الولادة من شيء أحدثه الزوج من جماعها فالمستودع ضامن لذلك لانه سلط الزوج على ذلك وصار غاصبا بما صنع وانما ينجر بالولد نقصان الولادة لاتحاد سبب النقصان والزيادة وذلك لا يوجد في نقصان حدث بسبب آخر * وان كان المستودع استهلك الولد ضمن قيمة الولد لان الولد كان أمانة عنده كولد الغصب عند الغاصب فيضمن قيمته بالاستهلاك (ثم) رد قيمة الولد كرد عينه في انجبار نقصان الولادة به * (رجل) استودع رجلين جارية فباع احدهما نصفها الذي في يده فوقع عليها المشتري فولدت له ثم جاء سيدها (قال) يأخذها وعقرها وقيمة الولد لان المستولد مغرور فان قيام الملك له في نصفها كقيام الملك له في جميعها في صحة الاستيلاء ولو كان الملك له في جميعها ظاهرا كان يتحقق الغرور فكذلك في نصفها وولد المغرور حر بالقيمة * ثم رد قيمة الولد كرد عين الولد في جبر نقصان الولادة به فان لم يكن في قيمة الولد وفاء بالنقصان أخذ تمام ذلك من المشتري لان المشتري كان غاصبا لها في حق مالكها فيكون ضامنا لما حدث من النقصان في يده ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن وبنصف قيمة الولد لان البائع انما ملكه نصفها ولو ملكه كلها رجع عليه بجميع قيمة الولد اذا ظهر الاستحقاق فالجزء معتبر بالكل وأما الرجوع بالثمن فلانفساخ البيع بسبب الاستحقاق وان شاء رب الجارية ضمن

البائع نصف النقصان لانه كان أمينا في نصفها وقد تعدى بالبيع والتسليم ألا ترى انها لو هلكت كان له أن يضمن البائع نصف قيمتها فكذلك اذا فات جزء منها بالولادة فان لم يعلم ان الجارية لهذا الذي حضر الا بقول المستودعين لم تقبل شهادتهما في ذلك لان البائع منهما مناقض في كلامه والآ خر قد تملك عليه المستولد نصيبه أيضا بالزمان فلا تقبل شهادتهما على ابطال ملك ثابت للمستولد عليهما ولكن الجارية أم ولد للمشتري باعتبار الظاهر ويضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها فيدفعه الى شريكه فيها كما هو الحكم في جارية مشتركة بين شريكين يستولدها أحدهما **فان قيل** كيف يغرم للشريك هنا وهو يأبى ذلك ويزعم انها مملوكة لغيره **قلنا** نعم ولكنه صار مكذبا في زعمه شرعاً حين كانت الجارية أم ولد للمشتري فلهذا سقط اعتبار زعمه (واذا) جحد المستودع ما عنده من الوديعة ثم أودع من ماله عند المودع مثل ذلك وسعه امساكه قصاصاً بما ذهب به من وديعته لان المال صار ديناً له على المستودع بجحوده وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقه من مال المديون يكون له أن يأخذه والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لهند خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف (وقيل) في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان ان المراد أخذ جنس حقه اذا ظفر به * وكذلك ان كان المال ديناً عليه وأنكره ثم أودعه مثله . فأما اذا أودعه شيئاً من غير جنس حقه لم يسعه امساكه عنه لان هذا يبيع عند اختلاف الجنس فلا ينفرد هو به والأول استيفاء وصاحب الحق ينفرد بالاستيفاء * وحقى عن ابن أبى ليلى رحمه الله التسوية بينهما للمجانسة من حيث المالية ولكنه بعيد فالوديعة عين لا يكون له أن يحبسها باعتبار صفة المالية اذا لم يثبت له حق تملك العين ولا يدخل عليه المرهون لان هناك المرتن يحبس المرهون بإيجاب الراهن ملك اليد له في العين وان كان عند الهالك يصير مستوفياً دينه باعتبار المالية . ثم عند المجانسة اذا طلب الثانى يمين المودع الاول كان له أن يحلف بالله لا يلزمى تسليم شيء اليك . فان قال للقاضى حلفه بالله ما استودعته كذا فله ذلك الا أن يؤدى المدعى عليه فيقول قد يودع الرجل غيره شيئاً ثم لا يلزمه تسليم شيء اليه فان أدى بهذه الصفة فقد طلب من القاضى أن ينظر له فيجيبه الى ذلك فأما اذا لم يذ كر هذا فان القاضى يحلفه كما طلب الخصم بالله ما أودعه ما يدعى ثم لا ينبغي له ان يحلف على ذلك لانه يكون كاذباً في يمينه ولا رخصة في اليمين الكاذبة فطريق التخلص له أن

يعرض للقاضي بما ذكرنا أو يخلف ما استودعته شيئاً الا كذا وكذا يستثنى ذلك بكلامه ويخفيه من خصمه ومن القاضي ويسعه ذلك لانه مظلوم دافع الضرر عن نفسه غير قاصد الى الاضرار بغيره إلا ان مجرد نيته لا تكفي لذلك لانه يحتاج الى اخراجه من جملة ما يتناوله كلامه لولا الاستثناء وذلك يحصل بالنية لان الاستثناء بيان أن كلامه عبارة عما وراء المستثنى فلا يحصل ذلك الا بما يصلح ان يكون ناسخاً أو معارضاً ومجرد النية لا تصلح لذلك فلهذا شرط التكلم بالاستثناء . وجه ذلك مالو قرب انسان اذنه من فمه سمع ذلك وفهمه * وأما اذا غاب رب الوديعة ولا يدري أحى هو أو ميت فعليه ان يمسكها حتى يعلم بموته لانه التزم حفظها له فعليه الوفاء بما التزم كما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول في العهود وفاء لا غدر فيه بخلاف اللقطة فان مالها غير معلوم عنده فبعد التعريف التصديق بها طريق لا يصلح اليه وهنا مالها معلوم فطريق ايصالها الحفظ الى ان يحضر المالك أو يتبين موته فيطلب وارثه ويدفعها اليه * وان مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة . فان عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء لان حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته . وان لم تعرف بأعيانها قسم المال بينهم بالحصص وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا * وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة وأصل المسألة أن الامين اذا مات مجهلاً للامانة فالامانة تصير ديناً في تركته عندنا لانه بالتجهيل صار مملوكاً لها فان اليد المجهولة عند الموت تنقلب يد ملك ولهذا لو شهد الشهود بها كان ذلك بمنزلة الشهادة بالملك حتى يقضى القاضي للوارث والمودع بالتملك فيصير ضامناً ولانه بالتجهيل يصير مسلطاً غرماءه وورثته على أخذها والمودع بمثل هذا التسليط يصير ضامناً كما لو دل سارقاً على سرقتها ولانه التزم أداء الامانة ومن أداء الامانة ببيانها عند موته وردها على المالك اذا طلب فكما يضمن بترك الرد بعد الطلب يضمن أيضاً بترك البيان عند الموت . وابن أبي ليلى يقول هذا كله اذا علم قيامها عند الموت ولا يعرف ذلك ولكننا نقول قد علمنا بقاءها والتمسك بما هو المعلوم واجب ما لم يتبين خلافه * وربما يقول حق الغرماء كان في ذمته ويتحول بالموت الى ماله وحق أصحاب الامانة لم يكن في ذمته في حياته فكيف يزاحمون الغرماء في ماله بعد موته . ولكننا نقول صار حقهم أيضاً ديناً قبل

موته حين وقع اليأس عن بيانه . ثم حق أصحاب الامانة من وجه أقوى لعلمنا انه كان في
 عين المال الذي في يده ومن له حق العين فهو مقدم على سائر الغرماء كالمرتبه في الرهن
 فان كان لا يستحق صاحب الامانة الترجيح فلا أقل من ان يزاحم الغرماء * واذا رد
 المستودع الوديعة الى المودع ثم أقام رجل البيعة أنها له وحضروا عند القاضي فلا ضمان على
 المستودع لان فعله في القبض قد انتسخ بالرد الى من أخذ منه فلا يبقى له حكم بعد ذلك
 وبيان الانتساح من حيث الحس ظاهر ومن حيث الحكم فلائنه مأمور بالرد شرعا على
 من أخذها منه قبل حضور المالك . ألا ترى أن الاول لو كان غاصبا معروفا فطالب المودع
 بالرد عليه قبل ان يحضر المالك ألزمه القاضي ذلك * وكذلك لو كانت سرقة أو غصبا
 فالمودع بالرد على من أخذه منه يكون ناسخا حكم فعله فيبقى للمالك قبله حق وهذا لان
 وجوب الضمان عليه باعتبار التقويت فان بأخذه فات على المالك التمكن من الاخذ من
 الاول وقد زال ذلك بالاعادة الى يده * وكذلك ان كان المودع صبيّا أو عبداً محجوراً
 عليه . وكذلك ان كان رب الوديعة صبيّا أو عبداً لان المسقط للضمان في حق المودع
 رده الى من أخذه منه وذلك متحقق منه (وان) كان المودع دفعها الى انسان بأمر
 المودع أو باع أو وهب وسلم بأمره ثم ظهر الاستحقاق كان للمستحق ان يضمن المستودع
 لانه ما نسخ فعله بالرد الى من أخذه منه انما سلمه الى غيره وذلك سبب موجب للضمان عليه
 بدون أمر المودع وقد ظهر بالاستحقاق ان أمره لم يكن معتبراً فكان المستودع ضامنا
 بخلاف الاول فقد رد هناك الى الموضع الذي أخذه منه وذلك ناسخ لفعله * عبد
 استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان يأخذ الوديعة تاجراً كان العبد أو محجوراً
 لان المودع ما قبض منه شيئاً . ولان تمكنه من أخذ هذا المال بشرطين (احدهما) قيام
 ملكه في رقبة الدافع في الحال (والثاني) فراغ ذمة الدافع عن دين العبد لان دين العبد
 في كسبه مقدم على حق المولى والمودع ليس بنخصم في اثبات هذين الشرطين عليه ولانه
 انما يتمكن من أخذه اذا علم ان الوديعة كسب العبد وذلك غير معلوم فلعلها كانت وديعة
 في يده لغيره وانما أورد هذا لايضاح ما سبق أن المودع رد الوديعة الى من أخذها منه
 وليس عليه طلب المالك ليردها عليه فان في هذا الموضع يلزمه ردها الى العبد اذا حضر ولا
 يلزمه ردها على مالكها (واذا) مات رب الوديعة فالوارث خصم في طلب الوديعة لانه خليفة

المورث قائم مقامه بعد موته * فان كان على الميت دين وله وصي فينبغي للمستودع أن يدفع الوديعة الى الوصي لانه قائم مقام الوصي بعد موته فأما الوارث فانما يخلف المورث بشرط فراغ التركة عن حق الغرماء لان حق الغرماء مقدم على حق الوارث فلهذا كان له أن يدفعها الى الوصي ليبيعها فيقضى الدين ثم يدفع ما بقى الى الوارث (وان) كانت الوديعة عبداً أو دابة أو ثوباً واحداً عند رجلين فانهما يتهايان على حفظه فيمسكه كل واحد منهما شهراً لان اجتماعهما على الحفظ آتاء الليل والنهار لا يتصور ولانهما يحفظان ما لا يحتمل القسمة من ملكهما بهذه الصفة فكذلك من الوديعة لانهما يحفظان الوديعة على الوجه الذي يحفظان مالهما (وان) وضعه أحدهما عند صاحبه فهلك لم يضمن شيئاً اعتباراً بما لو هلك في يد أحدهما في زمان المهايأة وقد بينا هذا (واذا) قال رب الوديعة أودعتك عبداً وأمة وقال المستودع ما أودعتني إلا الامة وقد هلكت فأقام رب الوديعة البينة على ما ادعى ضمن المستودع قيمة العبد لانه جحد الوديعة في العبد فصار ضامناً قيمته ولا ضمان عليه في الامة لانه مقر بالوديعة فيها وقد زعم انها هلكت فالقول قوله مع يمينه * رجلان * ادعى كل واحد منهما أمة في يد رجل أنه أودعها إياه وقال المستودع ما أدري لا يكما هي غير أني أعلم أنها لأحد كما (قال) يحلف لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يدعى عليه أنه أودعه الامة بعينها وهو منكر لذلك انما أقر بايداع أحدهما بغير عينه منه والمنكر غير المعين فلهذا يحلف لكل واحد منهما وتام بيان المسئلة في كتاب الاقرار وانما أورد المسئلة هنا لبيان خلاف ابن أبي ليلى في فصل وهو انه اذا أبى أن يحلف لهما فانه يدفع الامة اليهما ويفرم قيمتها بينهما نصفين . وعند ابن أبي ليلى يردّها عليهما ولا شيء عليه سوى ذلك وهو بناء على ما بينا ان التجهيل غير موجب للضمان على المودع وعندنا التجهيل موجب للضمان عليه وقد صار مجهلاً في حق كل واحد منهما فيصير ضامناً ثم بنكوله صار مقراً لكل واحد منهما انه أخذ جميعها منه وانما رد على كل واحد منهما نصفها فيصير ضامناً لكل واحد منهما ما بقى من حقه وذلك بأن يفرم قيمتها بينهما . ألا ترى انه لو قال هذا استودعنيها ثم قال أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفعها الى الأول لان اقراره له بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لاقراره انها للثاني وانه صار مستهلكاً على الثاني باقراره بها للأول فيكون ضامناً له قيمتها وهذا اذا دفعها الى الأول بغير قضاء

القاضي وكذلك ان كان دفعها بقضاء القاضي في قول محمد . وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لا يكون ضامناً لان بمجرد اقراره لم يفت على الثاني شيء وانما الفوات بالدفع الى الاول وقد كان بقضاء القاضي ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذي سلط القاضي على القضاء بها للاول باقراره وقد أقر أنه مودع فيها من الثاني والمودع اذا سلط الغير على أخذ الوديعة يصير ضامناً للمودع * رجل * استودع رجلاً وديعة فأودعها المستودع غيره من غير عياله فهلكت فالاول ضامن لها لانه متعدد بالتسليم الى غير من أمر بحفظها منه ولا ضمان على مودع المودع في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو ضامن لهما أيضاً ولصاحب المال الخيار يضمن أيهما شاء . وعند ابن أبي ليلى لا ضمان على واحد منهما بناء على أصله ان للمودع أن يودع غيره وقد بينا هذا . فأماهما فيقولان الاول متعدد في التسليم بغير اذن المالك والثاني متعدد في القبض بغير اذن المالك فكان للمالك أن يضمن أيهما شاء كالغاصب مع غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمن ملك فتيين أنه أودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مفرور من جهته فانه أودعه على انه ملكه وانه لا يلحقه الضمان فهلك في يده فاذا لحقه الضمان رجع عليه ولانه في القبض والحفظ كان عاملاً له فيرجع عليه بما يضمن بسببه وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الاول يصير ضامناً بالتسليم الى الثاني بدليل أنه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت لم يضمن واحد منهما وانما يصير الاول ضامناً بترك الحفظ حين غاب بعد ما سلمها الى الثاني فاما الثاني لم يترك الحفظ بل هو مقبل على الحفظ حين هلكت فلا يضمن شيئاً . يوضحه ان اصل قبض الثاني لم يكن موجبا للضمن عليه حتى لو هلك قبل غيبة الاول لم يضمن ولم يوجد من جهته صنع بعد ذلك فيصير به ضامناً والضمان لا يجب بدون الصنع انما وجد الصنع من الاول وهو الذهاب وترك الحفظ ولما لم يصير الثاني ضامناً بالقبض كان هذا في حقه كشوب هبت به الريح وألقته في حجره فاذا هلكت من غير صنعه لم يضمن . يقرره أن الاول لما لم يضمن بمجرد التسليم وانما ضمن بتركها في يد الثاني بعد غيبته فقد صارت يده يداً معتبرة في ايجاب الضمان على الاول ولا يمكن اعتبار تلك اليد بعينها في ايجاب الضمان على الثاني كاجير القصار اذا دق الثوب وتخرق لما وجب الضمان على الاستاذ بسبب فعل الاجير ولم يجب على الاجير شيء من

الضمان لانه لو ضمن انما يضمن بذلك الفعل أيضاً والقفل الواحد لا يكون موجبا للضمان على الشخصين فهذا مثله . بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما انما يصير ضامنا بفعله وهو غصبه وغصب أحدهما غير غصب الثاني ولهذا يعتبر في كل حق واحد منهما قيمته حين غصبه والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

✽ كتاب العارية ✽

(قال) الشيخ الامام الأجل الزاهد شمس الأئمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى إمامنا ✽ العارية تملك المنفعة بغير عوض سميت عارية لتعريضها عن العوض فانها مع العرية اشتقت من شيء واحد والعرية العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض والعارية في المنفعة كذلك ولهذا اختلفت بما يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها أو ما يجوز تملك منافعتها بالعوض بعقد الاجارة . وقيل هي مشتقة من التناوب وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وما يملك الانسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا (وكان) السرخسي رحمه الله يقول موجب هذا العقد اباحة الانتفاع بملك العين لا بملك المنفعة بدليل انه لا يشترط إعلام مقدار المنفعة فيه ببيان المدة والجمالة تمنع صحة التملك أما لا تمنع صحة الاباحة . وبدليل أن المستعير ليس له أن يؤاجر ومن تملك شيئا بغير عوض جاز له أن يملكه من غيره بعوض كالقريب له . والصحيح أن موجب هذا العقد ملك المنفعة للمستعير لان المنفعة تحتل التملك بعوض فتحتمل التملك بغير عوض أيضا كالعين والدليل عليه أن للمستعير أن يعير فيما لا يتفاوت الناس بالانتفاع به والمباح له لا يملك أن يبيع لغيره ✽ والعارية ✽ تنعقد بلفظ التملك بأن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا أو جعلت لك سكنى دارى هذه شهرا إلا أنه لا يؤاجره لما فيه من الحاق الضرر بالمعير فانه ملكه على وجه يتمكن من الاسترداد فهو نظير مالوا استأجر دابة أو ثوبا ليس له أن يؤاجر من غيره وان ملك منفعة اللبس والركوب ولكن لما كان الناس يتفاوتون في ذلك ففي الاجارة من غيره

اضرار بالآخر ﴿ فان قيل ﴾ كان ينبغي أن يملك المستعير الاجارة ولا ينقطع حق المعير في
 الاسترداد بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذرا في نقض الاجارة ﴿ قلنا ﴾ لو ملك
 المستعير الاجارة كان ذلك من مقتضيات عقد المعير وكان صحة العقد بتسليطه فلا يتمكن
 من نقضه بعد ذلك * وانما لا يشترط إعلام المدة أو المكان في الاعارة لان اشتراط ذلك
 في المعاوضات لقطع المنازعة وذلك لا يوجد في العارية لانه لا يتمكن بينهما منازعة اذا أراد
 المعير الاسترداد . ولان المعاوضات تتعلق بها صفة اللزوم وذلك لا يتحقق في غير المعلوم فأما
 العارية لا تتعلق بها صفة اللزوم فهذا لا يشترط إعلام المكان ولا إعلام المدة ولا إعلام ما يحمل
 على الدابة وعند اطلاق العقد للمستعير ان ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما
 ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها ما لم يطالبه المالك بالرد لانه لا يؤجرها فان
 أجزها صار غاصبا وكان الاجر له يتصدق به وقد بيناه في كتاب الغصب . وان هلك
 بعد ما أجزها كان ضامنا لها فاذا لم يؤجرها ولكنها هلكت في يده لم يضمن في أقوال
 علمائنا رحمهم الله سواء هلكت من استعماله أولا وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضوان
 الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن وان هلكت لا من
 الاستعمال ضمن قيمتها للمالك وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما . واحتج في
 ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة فقد جعل الضمان صفة للعارية
 فيقتضي ان يكون صفة لازمة لها كما ان الله تعالى لما جعل القبض صفة للرهن بقوله عز
 وجل فرهان مقبوضة اقتضى ان يكون ذلك صفة لازمة للرهن . واستعار رسول الله صلى
 الله عليه وسلم من صفوان دروعا في حرب هوازن فقال له أغصبا يا محمد قال صلى الله عليه
 وسلم لا بل عارية مضمونة مؤداة . وكتب في عهد بني نجران وما تعار رسل فهلكت على
 أيديهم فضامها على رسل . وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد والاخذ انما
 يطلق في موضع يأخذ المرء لمنفعة نفسه وذلك موجود في العارية وهو المعنى الفقهي أنه لما
 قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق تقدم فكان مضمونا عليه كالمغصوب والمقبوض
 على سوم الشراء والمستقرض . وهذا لانه لما لم يثبت بهذا العقد استحقاق تسليم العين عرفنا
 انه مقصور على المنفعة لا يتعدى الى العين فصار في حق العين كأنه قبضه بغير اذنه بخلاف
 الاجارة فقد تعدى العقد هناك الى العين حتى تعلق به استحقاق تسليم العين . وبخلاف

الوديعة فان المودع لا يقبض الوديعة لمنفعة نفسه انما يقبضها لمنفعة المالك ولهذا لم يكن عليه مؤنة الرد وهو الماعتمد لهم فان قبض العارية يوجب ضمان الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كالقبض بطريق الغصب . يقرره أن ضمان الرد انما يلزمه لانه يسقط بالرد ضمان العين عن نفسه ولما لزمه ضمان الرد فعليه أداء ما لزمه ولا يتحقق أداء ذلك الا برد العين عند قيامه ورد القيمة عند هلاك العين ليصير به مؤديا ما لزمه من ضمان الرد وهذا بخلاف ما لو تلف في الاستعمال لان فعله في الاستعمال منقول الى المالك فانه يستعمل بتسليط المالك فيحصل به الرد معنى * ويجوز ان يكون العين مضمونا عليه ثم يبرأ عن ضمانه بفعل يباشره بتسليط المالك كما لو غصب من غيره شاة فقال له المفعوب منه ضح بها فان هلك قبل ان يضحي بها ضمنها وان ضحى بها لم يضمن شيئا . ولا يقال قبضه بتسليط المالك أيضا لانه يقبض من يد المالك لنفسه فلا يمكن أن يجعل فعله في القبض كفعل المالك . والدليل عليه أنه لو ضمن للمستحق لم يرجع على المعير ولو كان يد المستعير في العين كيد المعير لرجع عليه بالمودع . وحجتنا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والمغل هو الخائن فقد نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه أنه قبض العين للانتفاع به باذن صحيح فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر . وتأثيره أن وجوب الضمان يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تقويت شئ على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التقويت . ألا ترى ان القبض في كونه موجبا للضمان لا يكون فوق الاتلاف ثم الاتلاف بالاذن لا يكون موجبا للضمان فالقبض أولى ولا يجوز أن يجب الضمان هناك باعتبار العقد لان العقد عقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالبهية . والدليل عليه ان ما تناوله العقد وهو المنفعة لا يصير مضمونا بهذا العقد فما لم يتناوله العقد أولى . ولان العقد على المنفعة اذا كان بعوض وهو الاجارة لا يوجب ضمان العين وتأثير العوض في تقدير حكم ضمان العقد فاذا كان العقد على المنفعة مقرونا بالعوض لا يوجب الضمان فالمتعري عن العوض كيف يوجب الضمان . والدليل عليه أنه لو تلف في الاستعمال لم يضمن ولا يجوز ان يجعل فعله كفعل المالك لانه استعمل لمنفعة نفسه ولكن انما لا يضمن لوجود الاذن من المالك في الاستعمال فكذلك للقبض * وان قال بحكم الاذن من المالك في الاستعمال جعل استعماله

كاستعمال المالك فيحكم الاذن في القبض والاعطاء ينبغي أن يجعل قبضه كقبض المالك
 أيضا ووجوب ضمان الرد على المستعير ليس لما قال بل لأن منفعة النقل حصلت له والرد
 فسخ لذلك النقل فكانت المؤنة على من حصلت له منفعة النقل ولهذا توجب مؤنة الرد
 على الموصى له بالخدمة أيضا فأما ضمان العين انما يجب على من فوت شيئا على المالك . بقبضه
 كالغاصب ولم يوجد ذلك اذا كان القبض باذنه . والمقبوض على سوم الشراء انما كان مضمونا
 ضمان العقد والاذن يقرر ضمان العقد ولان المالك هناك مارضى بقبضه الا بجهة العقد فقما
 وراء العقد كان المقبوض بغير اذنه . والمستقرض كذلك انما كان مضمونا بالعقد والاذن
 يقرر ضمان العقد وانما لا يرجع المستعير بضمن الاستحقاق لان الرجوع عند الاستحقاق
 بسبب الغرور أو بسبب العيب وذلك يختص بعقد المعاوضة فانه يقتضى السلامة عن
 العيب فأما عقد التبرع لا يقتضى ذلك ولهذا لا يرجع الموهوب له بضمن الغرور عندنا
 (وقوله) بأنه قبض العين لاعتن استحقاق تقدم (قلنا) نعم ولكنه قبض العين بحق والموجب
 للضمان القبض بغير حق لما فيه من التفويت على المالك وكما أن القبض موجب للضمان
 فالاتلاف كذلك ثم الاتلاف انما يوجب الضمان اذا حصل بغير حق لا اذا حصل بغير
 استحقاق تقدم فالبض مثله * والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم العارية مضمونة ضمان الرد
 ولانه جعل الضمان صفة للعين وحقيقة ذلك في ضمان الرد لانه يبقى بقاء الرد وحديث
 صفوان فقد قيل انه أخذ تلك الدروع بغير رضاه وقد دل عليه قوله أغصبا يا محمد الا أنه اذا
 كان محتاجا الى السلاح كان الاخذ له حلالا ثمة شرعا ولكن بشرط الضمان كمن اصابته
 نخصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان (وقيل) كانت الدروع أمانة لاهل مكة عند
 صفوان فاستعارها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته اليها فكان مستعيرا من المودع
 وهو ضامن عندنا (وقيل) المراد ضمان الرد (وقوله) مؤادة تفسير لذلك كما يقال فلان عالم
 فقيه يعلم باللفظ الثاني أن المراد بالاول علم الفقه (وقيل) كان هذا من رسول الله صلى الله عليه
 وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير وان كان لا يضمن ولكن يضمن بالشرط كالمودع
 على ما ذكره في المنتقى ولكن صفوان كان يومئذ حريبا ويجوز بين المسلم والحربي من
 الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين (وقيل) انما قال ذلك تطيبا لقلب صفوان على ما روى انه
 هلك بمض تلك الدروع فقال صلى الله عليه وسلم ان شئت غرمتها لك فقال لا فاني اليوم

أرغب في الاسلام مما كنت يومئذ ولو كان الضمان واجبا لامره بالاستيفاء أو الإبراء (وقوله صلى الله عليه وسلم) وما يبار رسله فهلك على أيديهم أي استهلكوه لانه يقال هلك في يده اذا كان بغير صنعه وهلك على يده اذا استهلكه (وقوله صلى الله عليه وسلم) على اليد ما أخذت حتى ترد يقتضى وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في وجوب ضمان القيمة بعد هلاك العين قال (وان استعار الدابة يوما الى الليل ولم يسم ما يحمل عليها لم يضمن اذا هلك) لانه قبضها باذن صحيح ولكن ان أمسكها بعد مضي اليوم فهو ضامن لها لانه لما وقت فقد بين انه غير راض بقبضه اياها فيما وراء المدة فاذا أمسكها بعد مضي المدة كان ممسكا لها بغير رضا صاحبها فيضمنها كما في المودع اذا طوّل بالرد فلم يرد حتى هلك. وهذا بخلاف المستأجر فانه بعد مضي المدة اذا أمسكها لا يضمنها ما لم يطالبه صاحبها بالرد لان مؤنة الرد هناك ليست على المستأجر ولكنها على المالك فاذا لم يحضر المالك ليأخذها لم يوجد من المستأجر منع يصير به ضامنا . وهنا مؤنة الرد على المستعير فاذا أمسكها بعد مضي المدة فقد وجد منه الامتناع من الرد المستحق عليه وذلك موجب ضمان المستعار عليه (واذا لم يؤت المالك ولكنه أعارها ليحمل عليها الحنطة فجعل ينقل عليها الحنطة أياما فلا ضمان عليه) لان الاذن من المالك مطلق فلا ينعدم حكمه الا بالنهي والمطالبة بالرد ولم يوجد* وان حمل عليها الآجر أو اللبن أو الحجارة فعطبت فهو ضامن لانه خالف ما أمره به نصا فصار غاصبا مستعملا بغير إذنه* وهذه المسئلة على أربعة أوجه (أحدها) أن يحمل عليها غير ماعينه المالك ولكنه مثل ماعينه في الضرر على الدابة من جنسه بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم^(٣) من هذه الحنطة فجعل عليها عشرة مخاتيم من حنطة أخرى أو ليحمل عليها حنطة نفسه فجعل عليها حنطة غيره فلا ضمان عليه لان التقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقيد والتعيين لا يفيد شيئا فان حنطته وحنطة غيره في الضرر عليها سواء (والثاني) أن يخالف في الجنس بأن استعارها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فجعل عليها عشرة أقفزة شعير . في القياس يكون ضامنا لانه يخالف فانه عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر . ألا ترى ان الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وفي الاستحسان لا يكون ضامنا لانه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة فان مقصوده دفع زيادة

(٣) مخاتيم جمع مخنوم وهذا الصاع كما في القاموس اه مصححه

الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير يكون أخف على الدابة وقد بينا انه انما يعتبر من تقييده ما يكون مفيدا دون ما لا يفيد شئنا حتى قيل لو سمي مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ من الحنطة فهو كما لو استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا أو تبنا فأما مثل ذلك كيلا من الشعير لا يأخذ من ظهرها أكثر مما يأخذ من الحنطة (والثالث) أن يخالف الى ما هو أضر على الدابة بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو آجرا مثل وزن الحنطة فهو ضامن لها لان هذا يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة فكان أضر عليها من حمل الحنطة وتقييد المالك معتبر اذا كان مفيدا له . وكذلك لو حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا لانه يأخذ من ظهر الدابة فوق ما تأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه كما لو حمل عليها حطبا أو تبنا (والرابع) أن يخالف في المقدار بأن استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحل عليها خمسة عشر مختوما فهلك فهو ضامن ثلث قيمتها لانه في مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حامل باذن المالك وفيما زاد على ذلك حامل بغير اذنه فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك وهذا اذا كان مثل تلك الدابة تطيق حمل خمسة عشر مختوما فان كان يعلم انها لا تطيق ذلك فهو ضامن لجميع قيمتها لانه متلف لها بهذا الحمل والمالك ما اذن له في اتلافها وللشافعي ثلاثة أقاويل في هذه المسئلة . قول مثل قولنا . وقول آخر انه يضمن جميع قيمتها لانه خالف الى ما هو أضر على الدابة فهو كما لو خالف في الجنس . وقول آخر انه يضمن نصف قيمتها لانه تلتفت من حملين أحدهما باذن صاحبه والآخر بغير اذنه فيضمن نصف قيمتها كما لو أمره أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطا فمات من ذلك يضمن نصف قيمته . ولكن الفرق بينهما ظاهر لان ذاك ضمان قتل وفي باب القتل المعتبر عدد الجناة لا عدد الجنائيات فقد تقوى الطبيعة على دفع ألم عشر جراحات في موضع ولا تقوى على دفع ألم جراحة واحدة في موضع فلهذا اعتبرنا عدد الجناة وجعلنا الضمان نصفين . وهنا تلف الدابة باعتبار ثقل المحمول وثقل عشرة مخاتيم فوق ثقل خمسة مخاتيم في الضرر على الدابة فلا بد من أن يتوزع الضمان على قدر ثقل المحمول وهذا بخلاف ما لو استعار ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة

مستعمل لها بغير اذن مالِكها فيضمن جميع قيمتها . فأما الحمل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك * وإذا جاوز المسكان الذي سمي له وأخذ الى مكان غير ذلك فعطبت فهو ضامن لها لانه استعمالها بغير اذن صاحبها فالتقييد من صاحبها هنا مفيد لان الضرر على الدابة يختلف بقرب الطريق وبعده والسهولة والوعورة * وان استعارها ليحمل كذا وكذا ثوباً هروياً يحمل عليها مثل ذلك مروياً أو فوهياً أو زرمقاً لم يضمن لان التقييد بالهروى غير مفيد فان سائر أجناس الثياب كالهروى في الضرر على الدابة * وكذلك في الوزنيات من الادهان وغيرها كل تقييد يكون مفيداً فهو معتبر وإذا خالف ذلك كان ضامناً وما لا يكون مفيداً لا يعتبر (وان) استعارها ليركبها هو فركبها هو وحمل معه عليها رجلاً ضمن نصف قيمتها لانه في نصفها موافق وفي النصف مخالف والجزء معتبر بالكل * فان قيل * أليس أنه لو لم يركبها وحمل عليها غيره فهلكت ضمن جميع قيمتها فاذا ركبها معه أولى لان الضرر على الدابة أكثر * قلنا * إذا حمل عليها غيره فهو مخالف في الكل وإذا ركبها فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنه لو كان استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره وهذا إذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل رجلين فان كان يعلم أنها لا تطيق ذلك فهو متلف لها ضامن لجميع قيمتها ثم لم يعتبر هنا الثقل والخفة بأن يكون الذي حمله مع نفسه أخف منه أو أثقل منه . بخلاف مسألة الخنطة وهذا لانه استقبح وزن الرجال في مثل هذا (فقال) أرايت لو كان يوزن كل واحد منهما أيوزن قبل الطعام أو بعده قبل الخلاء أو بعده لان الضرر في حق الراكبين على الدابة لا يكون باعتبار الثقل والخفة قرب ثقل يروض الدابة إذا ركبها لهدايتة في ذلك ورب خفيف يعقرها لخرقه في ذلك فلماذا اعتبرنا المناصفة * فان قضى حاجته من الدابة ثم ردها مع عبده أو بعض من هو في عياله فلا ضمان عليه ان عطبت لان يد من في عياله في الرد كيده كما أن يد من في عياله في الحفظ كيده والعرف الظاهر ان المستعير يرد المستعار بيد من في عياله ولهذا يعولهم فكان مأذوناً فيه من جهة صاحبها دلالة * وكذلك ان ردها الى عبد صاحب الدابة وهو الذي يقوم عليها فهو بريء استحساناً . والقياس ان لا يبرأ ما لم تصل الى صاحبها كالمودع اذا رد الوديعة لا يبرأ عن الضمان ما لم تصل الى يد

صاحبها ووجه الاستحسان ان صاحبها انما يحفظ بيد هذا السائس ولودفعها اليه لكان يدفعها الى السائس أيضاً فكذلك اذا ردها على السائس والعرف الظاهر أن صاحب الدابة يأمر السائس بدفعها الى المستعير وباستردادها منه اذا فرغت فيصير مأذونا في دفعها اليه دلالة ولم يوجد مثل هذا العرف في الوديمة فان صاحبها هو الذي يتولى استردادها عادة وانما أودعها لانه لم يرض بكونها في يد عياله حتى قالوا في المستعار لو كان عقد لؤلؤ فرده المستعير على عبد هو سائس دواب المعير لا يبرأ لانه في مثل هذا لا يرضى باسترداد مثله عادة* وان استعار ثوبا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبس فهو ضامن لان الناس يتفاوتون في لبس الثوب ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار فكان هذا تقييدا مفيدا في حق صاحب الثوب فاذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفا . وكذلك الدابة اذا استعارها ليركبها هو لان الناس يتفاوتون في الركوب فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها . فأما اذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن لان صاحب الثوب رضى باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقا فسواء لبسه المستعير أو غيره لم يكن مخالفا لما نص عليه المستعير وكذلك ان كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد لان تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير وعند الشافعي رحمه الله تعالى ليس للمستعير ان يعير لانه منتفع بملك الغير باذنه فلا يكون له أن يأذن لغيره في ذلك كالمباح له الطعام لا يبيع لغيره وهذا لانه يسوى غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وانما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق الغير * ألا ترى أن الوكيل بالتصرف لا يوكل غيره به . وحجتنا في ذلك ان المستعير مالك للانتفاع بهذا العين فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة وهذا لما بينا ان المستعير يملك المنفعة بالعارية واليه أشار بعد هذا فقال (من أعارك شيئا فقد جعل لك منفعة ذلك) والدليل عليه انه لو قال ملكتك منفعة هذه العين كانت عارية صحيحة فاذا ثبت انه مالك للمنفعة فهو بالتملك من الغير يتصرف في ملك نفسه ويستوى غيره بنفسه في حق نفسه وذلك صحيح بخلاف المباح له الطعام فانه لا يملك الطعام وانما يتناوله على ملك المبيع الا ان العين بقي على ملك صاحبه ففيما يتفاوت الناس في الانتفاع به لا يعيره من غيره وان كان تصرفه في ملك نفسه لدفع الضرر وذلك صحيح كما أن أحد الشريكين في العبد اذا كاتبه كان للآخر

ان يفسخ لدفع الضرر عن نفسه . والمشتري اذا تصرف في الشقص المشفوع فهو متصرف
 في ملكه ثم يتقضى تصرفه لدفع الضرر على الشفيع * قال (رجل استعار من رجل أرضاً على
 ان يبني فيها أو على أن يغرس فيها نخلاً فأذن له صاحبها في ذلك ثم بدا له ان يخرجها فله ذلك
 عندنا) وقال مالك رحمه الله تعالى ليس له ذلك لانه غير متعدي البناء والغرس فلا يهدم عليه
 ذلك وصاحب الأرض وان كان يتضرر بذلك فقد رضي بالتزام هذا الضرر . فأما صاحب
 البناء لم يرض بهدم بنائه وغرسه فلا يكون لصاحب الأرض أن يأخذها ما لم يفرغ . ولكننا
 نقول الأرض بقيت على ملك صاحبها والعارية لا يتعلق بها اللزوم فلا يتمتع بسببه عليه اثبات
 اليد على ملكه والانتفاع به متى شاء وصاحب البناء والغرس لما بنى على بقعة هي
 مملوكة لغيره من غير حق لازم له فقد صار راضياً بان يهدم عليه بناؤه وغرسه لانه
 ملكه وقد شغل أرض الغير به فيؤمر بتقريفه ولا ضمان له على صاحب الأرض عندنا
 (وقال) ابن أبي ليلى البناء للمعير ويضمن قيمتها مبنية لصاحبها لان دفع الضرر من
 الجانبين واجب وانما يندفع الضرر بهذا . وشبه هذا بثوب إنسان اذا انصبغ بصبغ
 غيره فأراد صاحب الثوب أن يأخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه . ولكننا نقول صاحب
 الأرض غير راض بالتزام قيمة البناء ففي الزام ذلك عليه من غير رضاه اضرار به ولا يجوز
 المصير اليه بدون تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لان رفع البناء وتمييز ملك احدهما من ملك
 الآخر ممكن بخلاف مسألة الصبغ فان تمييز ملك احدهما من ملك الآخر هناك غير ممكن
 ثم هناك لا يلزمه قيمة الصبغ بدون رضاه أيضاً حتى يكون له أن يأبى التزام القيمة
 ليصار الى بيع الثوب فكذلك هنا ينبغي أن لا يلزم قيمة البناء بغير رضاه * فان كان وقت
 له وقتا عشرين سنة أو نحو ذلك ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه
 عندنا . وعلى قول زفر رحمه الله لا يضمن ذلك لان التوقيت في العارية غير ملزم اياه شيئاً
 كاصل العقد فكما لا يكون له أن يضمنه قيمة البناء والغرس باعتبار مطلق الاعارة فكذلك
 بالتوقيت منها وبيان التوقيت غير ملزم اياه أنه يتمكن من اخراجه قبل مضي ذلك الوقت
 وحجتنا في ذلك ان المعير بالتوقيت يصير غاراً للمستعير لانه نص على ترك الأرض في يده
 واقرار بنائه فيها في المدة التي سمي فاذا لم يف بذلك صار غاراً له وللمعير أن يدفع الضرر
 عن نفسه بالرجوع على الغار بخلاف ما اذا أطلق فهلك المعير لم يصير غاراً له ولكن المستعير

مغتر بنفسه حتى ظن انه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة. ولكن قد ينافيا سبق
أن الغرور بمباشرة عقد الضمان يكون سبباً للرجوع وذلك لا يوجد هنا فان المعير لم يباشر
عقد ضمان. وان وقت فالوجه أن يقول كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة
الى التوقيت في تصحيح العارية فلا بد من أن يكون لذكر الوقت فائدة أخرى وليس
ذلك الالتزام قيمة البناء والغرس اذا أراد اخراجه قبله وصار تقدير كلامه كأنه قال ابن لي في
هذه الارض لنفسك على أن أتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم أتركها فأنا ضامن لك
ما تنفق في بنائك ويكون بناؤك لي فاذا بدا له في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون
كأنه بنى له بأمره الا أن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمتها فيكون له ذلك لان البناء
والغرس ملكه وانما أوجبنا الضمان على المعير لدفع الضرر عن المستعير فاذا رضي بالالتزام هذا
الضرر كان هو أحق بملكه يرفعه بتفريغ ملك الغير (وقيل) هذا اذا لم يكن في قلع الاشجار
ضرر عظيم بالارض فأما اذا كان فيه ضرر عظيم فليس للمستعير أن يرفعها بغير رضا المعير
لما فيه من الاضرار به ولكن للمعير أن يملكها عليه بالقيمة وان كان اعاره الارض ليزرعها
ووقت لذلك وقتاً أولم يوقت وقتاً فلما تقارب حصاده أراد أن يخرجها ففي القياس له ذلك
كما في البناء والغرس وهذا لان الزارع زرع الارض من غير حق لازم له فيها فلصاحبها أن
يأخذها متى شاء كالغاصب للارض اذا زرعها. ولكن في الاستحسان لا يأخذها صاحبها
الى أن يحصد المستعير زرعها لانه ما كان متعدياً في الزراعة بحجة العارية ولا ادراك الزرع
نهاية معلومة فلو تمكن المعير من قلع زرعه كان فيه اضرار بالمستعير في ابطال ملكه ولو
تركت في يد المستعير كان فيه اضرار بالمعير من حيث تأخير حقه وضرر الابطال فوق
ضرر التأخير فاذا لم يكن بد من الاضرار باحدهما ترجح أهون الضررين. بخلاف البناء
والغرس فانه ليس له نهاية معلومة فيكون الضرر من الجانبين ضرر ابطال الحق فترجح
جانب صاحب الأصل على جانب صاحب التبعية وبخلاف الغصب لان الغاصب متعمد
في الزراعة في الابتداء فلا يستحق بفعل التعدي ابقاء زرعه ولم يبين في الكتاب ان
الارض تترك في يد المستعير الى وقت ادراك الزرع بأجر أو بغير أجر * قالوا وينبغي أن
يترك بأجر المثل كما لو انتهت مدة الاجارة والزرع نقل بعده وهذا لان ابطال حق صاحب
الارض عن منفعة ملكه مجانا لا يجوز بغير رضاه وانما يعتدل النظر من الجانبين اذا

ترك الزرع الى وقت الادراك باجر المثل (فان) رد المستعير الدابة مع غلامه فعقرها الغلام فهو ضامن لقيمتها يباع في ذلك أو يؤدى عنه مولاه لانه استهلكها والعبد المحجور عليه يؤخذ بضمان الاستهلاك في الحال (واذا اختلف رب الدابة والمستعير فيما أعارها له وقد عقرها الركوب أو الحمولة فالقول قول رب الدابة عندنا) وعند ابن أبي ليلى رحمه الله القول قول المستعير لان رب الدابة يدعى عليه سبب الضمان وهو الخلاف وهو منكر لذلك فالقول قوله ولكننا نقول الاذن يستفاد من جهة صاحب الدابة ولو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذلك اذا أنكر الاذن على الوجه الذى انتفع به المستعير وهذا لان سبب وجوب الضمان قد ظهر وهو استعمال دابة الغير والمستعمل يدعى ما يسقط الضمان عنه وهو الاذن وصاحبها منكر لذلك فاذا حلف فقد انتفى المسقط ويبقى هو ضامنا بالسبب الظاهر وان اعاره الارض على ان يبنى فيها أو يسكن مابدا له فاذا خرج فالبناء لصاحب الارض فهذا الشرط فاسد لان البناء ملك الباني شرط رب الارض ذلك عليه لنفسه بازاء منفعة الارض فيكون هذا اجارة لا اعاره وهى اجارة فاسدة لجهالة العقود عليه حين لم يذكر مدة معلومة وبجهالة الاجر حين لم يكن مقدار ما يبنى معلوما لهما وقت العقد وعلى الساكن أجر مثل الارض فيما سكن لانه استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد (وينقض الساكن بناءه اذا طالبه صاحبها برد الارض) لان البناء ملكه ﴿فان قيل﴾ لماذا لا يملك البناء صاحب الارض بحكم الاجارة الفاسدة لانه صار قابضا له باتصاله بالارض ﴿قلنا﴾ كان الشرط بينهما ان يبنى الساكن لنفسه ثم البناء كان معدوما عند العقد والعقد على المدوم لا ينقذ أصلا وانما يملك بالقبض ما يتناوله العقد الفاسد واذا مات المير والمستعير انقطعت العارية. أما اذا مات المير فلان العين انتقلت الى وارثه والمنفعة بعد هذا تحدث على ملكه وانما جعل المير للمستعير ملك نفسه لا ملك غيره. وأما اذا مات المستعير فلان المنفعة لا تورث لان الورثة خلافة وذلك فيما كان للميت فيخلفه فيه وارثه واذا كانت المنافع لا تبقى وقتين لا يتصور فيها هذه الخلافة ولان الدلالة قامت لنا على ان العقد على المنفعة بعوض يبطل بموت أحد المتماقين وهو الاجارة فما كان منها بغير عوض أولى وكذلك ان كان قال له هذه الدار لك سكنى لان معناه سكناء لك فان قوله لك يحتمل تملك العين ويحتمل تملك المنفعة وقوله سكنى يكون تفسيرا لذلك المحتمل وكذلك اذا قال عمرى سكنى كان قوله سكنى تفسيرا لقوله عمرى فانما ثبتت العارية

بهذا اللفظ ثم تنقطع بموته (واذا جاء رجل الى المستعير وقال انى استعرت من فلان هذا
 الذى عندك وأمرنى ان أقبضه منك فصدقه ودفعه اليه فهلكت عنده ثم أنكر المعير أن
 يكون أمره بذلك فالمستعير ضامن له) لانه يدعى على المعير الامر بالدفع اليه وهو منكسر
 فالقول قوله مع يمينه واذا حلف يتيين ان المستعير دفعه الى غير المالك بغير اذنه وذلك موجب
 للضمان عليه (فان قيل) لماذا لم يجعل هذه اعارة من المستعير حتى لا يكون موجبا للضمان
 عليه (قلنا) المستعير اذا أعاره من غيره فانه يقيمه مقام نفسه في الانتفاع وامساك العين
 فيكون يد الثانى كيد الأول ولهذا كان له أن يسترده متى شاء. وهنا تسليمه الى الثانى لم يكن
 بهذا الطريق بل بطريق أنه أحق بالعين منه ولهذا لا يملك الاسترداد منه فلا يمكن أن يجعل
 كالمعير منه. ثم اذا ضمن المستعير لا يرجع به على الذى قبضه منه لانه صدقه فيما ادعى ففى
 زعمه أنه مستعير من المالك وانه لا ضمان على واحد منهما الا أن المالك ظلمه حين ضمنه
 ومن ظلم فليس له أن يظلم غير ظالمه. وان كان الذى جاء قبض العارية منه خادماً للمعير وأنكر
 مولاه أن يكون أمره بذلك فلا ضمان على المستعير لما بينا ان الرد على خادماً للمعير كالرد على
 المعير فلا يكون سبباً لوجوب الضمان على المستعير. واذا رد المستعير الدابة فلم يجد صاحبها
 ولا خادمه فربطها فى دار صاحبها على معلقها فضاعت فهو ضامن لها فى القياس لانه ضيعها
 حين أخرجها من يده ولم يسلمها الى أحد يحفظها. ألا ترى أن الغاصب لو فعل ذلك كان
 مضيعاً ضامناً فكذلك المستعير وفى الاستحسان لا ضمان عليه لانه ربطها فى موضعها المعروف
 ولو ردها على صاحبها لكان يربطها فى هذا الموضع فكذلك اذا ربطها بنفسه وهذا للعادة
 الظاهرة ان المستعير يأخذ الدابة من يربطها ويردها الى يربطها فيثبت الاذله من جهة
 صاحبها فى ذلك بهذا الطريق دلالة. وهذا بخلاف الغاصب لانه ضامن محتاج الى اسقاط
 الضمان عن نفسه بنسخ فعله وذلك لا يتم بردها الى يربطها بعد ما أخذها من صاحبها فأما
 المستعير فهو أمين فانما الحاجة الى دفع سبب الضمان عنه وهو التضييع وقد اندفع باعتبار العادة
 لان المربط فى يد صاحب الدابة فاعادتها الى المربط بمنزلة الاعادة الى يد صاحبها حكماً (ولو
 جحد المستعير العارية ثم زعم انها هلكت فهو ضامن لها) لان العين كانت أمانة فى يده فيصير
 ضامناً بالجحود كالمودع وان لم يجحد ولكن قال قد رددته أو ضاع منى فهو مصدق مع
 يمينه فى كل ما يصدق فيه المودع لانه أمين ينكر وجوب الضمان عليه (وعارية الدراهم

والدنانير والفلوس قرض) لان الاعارة اذن في الانتفاع ولا يتأني الانتفاع بالنقود الا باستهلاك عينها فيصير مأذونا في ذلك وفيه طريقان اما الهبة أو القرض فيثبت الاقل لكونه متيقنا به ولان المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين والقبض الذي يمكنه من استهلاك المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض * وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد مثل الجوز والبيض . قال في الاصل رأيت لو استعار دراهم يشتري بها طعاما أو جارية أما كان له أن يأكل الطعام أو يطأ الجارية له ذلك والمال قرض عليه * وان استعار آنية يتجمل بها في منزله أو سكنها محلي أو سيفاً أو منطقة مفضضة أو خاتماً لم يكن شيء من هذا قرضاً لان الانتفاع بهذه الاعيان مع بقائها ممكن ولهذا تجوز اجارتها (قالوا) ولو ان صير فيا استعار دراهم أو دنانير ليتجمل بها في حانوته أو ليعبر بها صنعاته فانه لا يكون قرضاً لانها لما صرحا به علمنا أن مقصودهما الانتفاع مع بقاء العين دون الاذن في استهلاك العين * واذا استعار دابة ليركبها الى مكان معلوم فأخذ بها في طريق آخر الى ذلك المكان فعطبت لم يضمن لانه مأذون في الوصول عليها الى ذلك المكان ولم يقيد له طريق فلا يكون مخالفاً في أي طريق ذهب بعد أن يكون طريقاً يسلكه الناس الى ذلك المكان فان كان طريقاً لا يسلكه الناس الى ذلك المكان فهو ضامن لان مطلق الاذن ينصرف الى المتعارف * وان استعارها الى حمام أعبر بجائزها حمام أعبر ثم جاء بها الى حمام أعين أو الى الكوفة فعطبت الدابة فهو ضامن لها حتى يردها الى صاحبها **وقيل** * هذا اذا استعارها ذاهباً لا راجعاً فأما اذا استعارها ذاهباً وجائياً فلا ضمان عليه وهكذا ذكر في النوادر لانه في الاول لما وصل الى حمام أعين انتهى العقد فاذا جاوز كان غاصباً فلا يبرأ الا بالرد على المالك وفي الثاني انما يضمن بخلاف وهو استعمالها وراء المكان المشروط فاذا رجع الى حمام أعين فقد ارتفع الخلاف والعقد قائم بينهما فيكون أمينا **وقيل** * الجواب في الفصلين سواء لان يد المستعير يد نفسه * وفي الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق إنما أبرأناه عن الضمان لان يده يد المالك فيجعل في الحكم كما لو رده على المالك وهذا لا يوجد هنا فبقى ضامناً كما كان وان عاد الى مكان العقد مالم يوصله الى المالك والاجارة في هذا كالعارية لان يد المستأجر يد نفسه أيضاً فانه يقبض لمنفعة نفسه ورجوعه بضمان الاستحقاق لاجل الغرور الثابت بعقد ضمان لا لان يده يد المالك * يوضح الفرق ان

المستعير والمستأجر يضمنان بالامساك فانه لو استعار أو استأجر دابة ليركبها الى مكان كذا فأمسكها في المصر أياماً كان ضامناً فكذا ذلك اذا جاوز المكان المشروط فانما ضمنناه بامساكها في غير الموضع الذي تناوله الاذن ولا يتقدم الامساك إلا بالرد . فأما المودع يصير ضامناً بالاستعمال لا بالامساك وقد انعدم الاستعمال حين عاد الى الوفاق . يقول فان أقام صاحبها البيئة أنها نفقت تحته في دير عبد الرحمن من ركوبه وأقام المستعير شاهدين أنه قد ردها الى صاحبها أخذت بيئة رب الدابة لانها تثبت سبب تقرر الضمان على الراكب وبيئة المستعير تنفي ذلك والبيئات للأثبات * واذا نفقت الدابة تحت المستعير ثم أقام رجل البيئة انها دابته يقضي القاضي له بالملك لاثباته ذلك بالحجة ولا يسأله البيئة أنه لم يبع ولم يهب لان ذلك لا يدعيه أحد والقاضي نصب لفصل الخصومات لا لانشاؤها فان ادعى ذلك الذي أراد أن يضمنه أو قال أذن لي في عاريتها يحلف على ذلك لانه ادعى عليه ما لو أقربه لزمه فاذا أنكر يستحلفه فان نكل كان نكوله كإقراره فلا يضمن المستحق أحداً وان حلف كان له أن يضمن أيهما شاء لان كل واحد منهما متعد في حقه المعير بالتسليم والمستعير بالقبض والاستعمال فان ضمن المعير لم يرجع على المستعير لانه ملكها من حين وجب عليه الضمان فيتبين انه أعار ملك نفسه وان ضمن المستعير لم يرجع على المعير أيضاً لانه ضمن بفعل باشره لنفسه بخلاف المودع ولانه لم يصير مغروراً من جهة المعير حين لم يشترط المعير لنفسه عوضاً بخلاف المستأجر فقد صار مغروراً من جهة الاجر بمباشرة عقد الضمان واشترط العوض لنفسه . ثم على المستأجر الأجر الى الموضع الذي نفقت فيه الدابة لانه استوفى المقود عليه وذلك للأجر دون الملك لان تقوم المنفعة كان بعقده وبه وجب الأجر * ولا بأس بأن يعير العبد التاجر والعبد الذي يؤدي الغلة الدابة . وفي القياس ليس لهما ذلك لانه تبرع والمملوك ليس من أهله فان تبرعه يكون بملك الغير ولانه صار منفك الحجر عنه في التجارة والاعارة ليست من التجارة في شيء * ووجه الاستحسان ان هذا من توابع التجارة فان التاجر لا يجد منه بدا لانه اذا أراد الانسان أن يعامله فلا بد أن يجلسه في حانوته أو يضع وسادة له وهو اعارة لذلك الموضع منه وقد يستعار منه الميزان أو صنجات الميزان فاذا لم يعر لا يعار منه عند حاجته أيضاً * وما يكون من توابع التجارة يملكه المأذون كاتخاذ الضيافة اليسيرة والاهداء الى المجاهدين بشيء . والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يجيب

دعوة المملوك وحديث أبي سعيد مولى أبي أسيد رضى الله تعالى عنه قال عرست وأنا عبد
فدعوت رهطاً من الصحابة رضى الله تعالى عنهم فيهم أبو ذر فأجابوني . فدل أن للعبد اتخاذ الدعوة
حتى أجابه أبو ذر رضى الله تعالى عنه مع زهده * والعبد الذى أمره المولى بأداء الغلة مأذون له
في التجارة لانه لا يتمكن من الاداء إلا بالأكتساب فأمر المولى إياه بأداء الغلة يكون إذناله في
الاكتساب * عبد مأذون له * أجر دابته من رجل فنفتت تحته فاستحقها رجل وضمن
الراكب قيمتها يرجع بها على العبد المأذون كما يرجع على الحر لانه صار مغروراً من جهته
بأشراطه العوض لنفسه والمأذون يؤخذ بضمان الغرور كالحر ولهذا تين خطأ بعض المتأخرين
من مشايخنا رحمهم الله تعالى أن ضمان الغرور كضمان الكفالة وان الغار يصير كالقائل للمغرور
ان ضمنك أحد بسبب ركوب هذه الدابة أو استيلاء هذه الجارية في البيع فأنا ضامن لك
ذلك لانه لو كان هذا بطريق الكفالة لم يؤخذ به المأذون فان العبد المأذون لا يؤخذ
بضمان الكفالة ولكن الطريق أن من باشر عقد المعاوضة فهو ملتزم سلامة المعقود عليه
عن العيب ولا عيب فوق الاستحقاق والرجوع عليه لهذا . ولهذا لا رجوع على المعير
الواهب لانه لا يلتزم صفة السلامة بعقد التبرع * ثم العبد في التزام صفة السلامة بعقد
المعاوضة وهو التجارة كالحر * واذا أعار عبد محجور عليه عبداً مثله دابة فركبها فهلكت تحته
ثم استحقها رجل فله ان يضمن أيهما شاء لان أحدهما غاصب للملكة بالتسليم الى الآخر والآخر
مستهلك باستعماله فان ضمن الراكب لم يرجع على المعير لانعدام الغرور منه ولان المعير كان
محجوراً عليه فلا يؤخذ بضمان الأقوال وان ضمن المعير يرجع به مولاه في رقبة الراكب
لان الدابة صارت كسب المعير حين تقرر عليه ضمانها وكسب العبد لمولاه . فتبين ان الراكب
أتلف ملكه بغير رضاه . وكذلك ان كانت الدابة لمولى المعير فله أن يضمن الراكب لان
إذن العبد المحجور عليه غير معتبر في إسقاط حق المولى فبقى الراكب مستعملاً دابته بغير رضاه
فكان غاصباً ضامناً * وان استعار الرجل دابة نتوجاً فألقت من غير أن يعنف عليها فلا ضمان
عليه لانها لو هلكت من الركوب المعتاد لم يضمن فاذا هلك ما في بطنها أولى وان ضربها ففقد
عينها أو كبحها باللجام فهلكت فهو ضامن لها لانه متلف بما صنع وانما أذن له المالك في الركوب
دون الضرب * ولو استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن
بالرمح فانكسر فلا ضمان عليه لانه مأذون في الاستعمال والاستعمال لا يكون إلا هكذا

وان ضرب به حجرا فهو ضامن لان المعير انما اذن له في المقاتلة بالسلاح والمقاتلة مع الخصم لا مع الحجر والضرب بالسيف الحجر غير معتاد أيضا فكان به ضامنا قال (واذا قال المستعير في صحته أو مرضه قد هلكت مني العارية فالقول قوله مع يمينه) لانه أمين فيه كالمودع ولا يتغير حكم أمانته بمرضه (واذا) كان على دابة باعارة أو اجارة فنزل عنها في السكة ودخل المسجد ليصلي نفى عنها فهلكت فهو ضامن لها. وكذلك ان أدخل الحمل في بيته وخلي عنها في السكة لانه ضيعها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها من أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا لم يربطها بشئ فان ربطها لم يضمن لانه متعارف لا يجحد المستعير من ذلك بدا. والأصح أنه يضمن اذا غيبها عن بصره. ألا ترى أنه قال وان كان في صحراء فنزل ليصلي وأمسكها فاقفلت منه فلا ضمان عليه. فهذا تبين ان المعتبر أن لا يغيبها عن بصره ليكون حافظا لها فأما بعد ما غيبها عن بصره لا يكون هو حافظا لها وان ربطها بشئ بل يكون مضيعا لها بترك الحفظ فيكون ضامنا * واذا استعارها ليركبها في حاجته الى ناحية مسماة من النواحي في الكوفة فأخرجها الى الفرات ليسقيها والناحية التي استعارها اليها من غير ذلك المكان فهلكت فهو ضامن لها لا مسا كه إياها في غير الموضع المأذون فيه أو ركوبه إياها الى موضع السقي * ولا يقال * انما فعل هذا لمنفعة الدابة لانه لا ولاية له على ملك الغير في ذلك إلا أن يأذن صاحبها وهو لم يأذن له في سقيها ولانه يمكنه ان يسقيها في خروجه الى الناحية التي استعارها اليها لان الماء موجود في كل موضع (واذا) وجد المعير دابته مع رجل يزعم انها له فهو خصم له فيها لانها في يده وهو يدعى رقبته وذو اليد في مثل هذا خصم للمستحق * وان قال الذي هي في يديه أو دعنيها فلان الذي أعرتها اياه فلا خصومة بينهما لانها تصادقا على أن الوصول اليه من ذلك الرجل وذلك الرجل ليس بخصم للمدعى لو كان حاضرا لانه مستعير منه فكذلك من قامت يده فيها مقام يده لا يكون خصما ولانها تصادقا أنه مودع حافظ لها فلا يكون خصما. وان كان ذلك المستعير باعها من رجل أو باعها وصيه بعد موته فأخذها صاحبها وأقام البيئته انها له قضى بها له ورجع المشتري بالثمن على بائعه لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع * واذا طلب المعير ثوبه فأبى المستعير أن يدفعه فهلك عنده فهو ضامن لقيمته لانه بالمنع بعد الطلب صار غاصبا وان لم يمنعه ولكنه قال دعه عندي الى غد فرضى به صاحبه فلا ضمان عليه لانه بهذا الرضا صار كالمجدد للاعارة منه فلا

يكون في امساكه الى الغد متعديا * رجل * أرسل رسولا يستعير له دابة من فلان الى
الخيرة فجاء الرسول الى صاحبها وقال ان فلانا يقول لك أعرتني دابتك الى المدينة فدفمها اليه فجاء
بها الرسول فدفمها الى الذي أرسله ثم بدا للذي أرسله أن يركبها الى المدينة وهو لا يشعر
بما كان من قول الرسول فركبها فهلك تحتها فلا ضمان عليه لانه استعملها باذن مالكها .
وان ركبها الى الخيرة فهلك تحتها فهو ضامن لها لانه جاوز المكان الذي أذن فيه المالك
فصار مستعملا لها بغير اذنه وهذا لان ظنه غير معتبر انما المعتبر اذن المالك وقد كان الى
الموضع الذي طلب الرسول . ثم لا يرجع المرسل على الرسول بشيء لانه لم يوجد منه عقد
ضمان انما أخبره بخبر أو لم يخبره بشيء ولكنه لم يبلغ رسالته كما أمره به وذلك غير موجب
للضمان عليه والكراء في هذا قياس العارية * وان قال أعرتني دابتك فنفتت وقال رب الدابة
ما أعرتكها ولكن غصبتها فلا ضمان عليه ان لم يركبها لانه أقر بفعل المالك في ملكه وذلك
غير موجب للضمان عليه والمالك يدعى عليه سبب الضمان وهو الغصب فيكون القول قول
المنكر . وان كان قد ركبها فهو ضامن لها لان السبب الموجب للضمان عليه قد ظهر وهو
استعمال دابة الغير بغير اذنه والاذن المسقط للضمان لا يثبت بدعواه . وان قال رب الدابة
أجرتكها فالحقول قول الراكب مع يمينه لانها تصادقا على ان الركب حصل بالاذن ثم رب
الدابة يدعى عليه الاجر والراكب منكر فالحقول قوله لانكار ذلك . وهذا بخلاف العين فانه
اذا هلك مال الغير في يده فقال وهبتها لي وقال المالك بل بعثتها منك فانه يكون ضامنا لان
العين مال متقوم بنفسه فلا يسقط حق المالك عن ماليته إلا باسقاطه فأما المنفعة انما تأخذ
حكم المالية والتقوم بعقد الاجارة ورب الدابة يدعى ذلك والراكب منكر فلهذا لا يضمن
شيئا * وان أقام رجل البيعة على أرض ونخل أنهاره وقد أصاب ذو اليد من غلتها وثمرتها فهو
ضامن لما أصاب من ذلك (وقال) ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لان الثمرة منفعة الاشجار
والمنفعة لا تكون مضمونة بغير عقد ضمان كمنفعة الدابة ولكننا نقول الثمرة عين مال متقوم
بدليل جواز بيعها وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامنا
لماله بالاتلاف كولد الجارية والحمل في الشاة اذا أتلفها * واذا غصب الرجل الارض وزرعها
فالزراع له لانه حصل بعمله من بذره وهذا بخلاف ما اذا غصب جارية فأحبها فان الولد
هناك يكون لصاحبها لان حصول الولد بحضانتها في رحمها لا بفعل الواطى فان ماء الفحل

يصير مستهلكها بالاختلاط بمانها ولان الولد في حكم جزء من عينها وهي بجميع أجزائها مملوكة للمغصوب منه فأما الزرع ليس بجزء من الارض . ألا ترى أنه من جنس البذر وانه حاصل بعمل الزارع كما قررناه في الغصب ثم الزارع ضامن لما نقص الارض عندنا . وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله لا ضمان عليه لان العقار لا يكون مضمونا بالغصب والنقصان لم يحصل بفعله ولان النقصان في الارض من حيث تقليل المنفعة والريع والمنفعة لا تكون مضمونة على الغاصب . ولكننا نقول قد انتقص مالية العين بفعله وهو الزراعة فكان متلفا بقدر النقصان والعقار يضمن بالاتلاف كما لو هدم الابنية أو قلع الاشجار . ثم يرفع من الزرع مقدار بذره وما أنفق فيه وما غرم من نقصان الارض ويتصدق بالفضل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه حصل له بكسب خيثة . وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله لا يتصدق بشيء لانه حصل له بزراعته وهو سبب مشروع للاكتساب وقد بينا هذا في الغصب * واذا استأجر أرضاً سنة فزرعها سنتين فعليه الاجر للسنة الاولى لانه استوفى الميعود عليه بحكم عقد صحيح وعليه نقصان الارض بالزراعة في السنة الثانية لانه غاصب فيما صنع ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في الفصل الأول . وعند ابن أبي ليلى عليه أجر مثلها في السنة الثانية لاعتبار الظاهر فساكنه زرعها في السنة الثانية بناء على العقد في السنة الاولى وانما لم يتعرض له صاحبها لهذا والعقد ينقصد بالدلالة كما ينقصد بالتعريض فيلزمه أجر مثلها (ثم) ختم الكتاب بمسئلة ذكرها في كتاب الزكاة أن من وجد كنزاً في دار رجل فقيه الخمس وأربعة أخماسه لصاحب الخلطة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله للواحد وانما ذكر أبو يوسف رحمه الله هذه المسئلة المختلفة بين أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله في آخر هذا الكتاب وآخر الوديعه لان كل واحد منهما كان استاذه فانه كان في الابتداء يختلف الى ابن أبي ليلى تسع سنين ثم تحول منه الى أبي حنيفة واختلف عنده أيضاً تسع سنين فاحب أن يذكر بعض الفصول عن استاذيه جميعاً فلهذا ذكر هذه الفصول والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب . واليه المرجع والمآب . وصلي الله على سيدنا محمد النبي الأُمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ كتاب الشركة ﴾

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء * الاصل في جواز الشركة ما روى أن السائب بن شريك جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أتعرفني فقال صلوات الله وسلامه عليه وكيف لا أعرفك وكنت شريكى وكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أى لا تداجى ولا تخاصم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فأقرهم عليه وقد تعامله الناس من بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير منكر (ثم) الشركة نوعان . شركة الملك . وشركة العقد ﴿ فشركة الملك ﴾ أن يشترك رجلان في ملك مال وذلك نوعان . ثابت بغير فعلهما كال ميراث . وثابت بفعلهما وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية والحكم واحد وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركا بينهما بقدر الملك وكل واحد منهما بمنزلة الاجنبي في التصرف في نصيب صاحبه ﴿ وأما شركة العقد ﴾ فالجائز منها أربعة أقسام المفاوضة والعنان وشركة الوجوه وشركة التقبل ويسمى هذا شركة الابدان وشركة الصنائع (فأما العنان) فهو مشتق من قول القائل عن لى كذا أى عرض قال امرؤ القيس

فمن لنا سرب كان نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذبل

أى عرض . وزعم بعض أهل الكوفة ان هذا شئ أحدثه أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب وليس كذلك فقد قال النابغة الجعدي

وشاركنا قريشا في نقاها * وفي احسابها شرك العنان

(وقيل) هو مأخوذ من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل بالآخرى وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال الى صاحبه دون البعض أو على معنى ان للدابة عنانين أحدهما أطول والآخر أقصر فيجوز في

هذه الشركة أن يتساويا في رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا * وأما المفاوضة * فقد قيل اشتقاقها من التفويض فإن كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه في جميع مال التجارة (وقيل) اشتقاقها من معنى الانتشار يقال فاض الماء اذا انتشر واستفاض الخير يستفيض اذا شاع فلما كان هذه العقد مبنياً على الانتشار والظهور في جميع التصرفات سمي مفاوضة (وقيل) اشتقاقها من المساواة قال القائل

لا تصالح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

يعنى متساوين فلما كان هذا العقد مبنياً على المساواة المال والربح سمي مفاوضة * وأما شركة الوجوه * تسمى شركة المفاليس وهو ان يشترك الرجلان بغير رأس مال على ان يشترى بالنسيئة ويبيعا سميت بهذا الاسم على معنى ان رأس مالهما وجههما فانه انما يباع في النسيئة ممن له في الناس وجه * وشركة التقبل أن يشترك صانعان في تقبل الاعمال كالخياطة والقصارة ونحو ذلك وتسمى شركة الابدان لانهما يعملان بابدانهما وشركة الصنائع لان رأس مالهما صنعتها * وأما شركة العنان * فهو ان يشترك الرجلان برأس مال يحضره كل واحد منهما ولا بد من ذلك اما عند العقد أو عند الشراء حتى ان الشركة لا تجوز برأس مال غائب أو دين . ولا يشترط لجواز هذه الشركة خلط المالين عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يشترط وهي رواية عن زفر . والاصل عنده ان شركة الملك أصل ثم شركة العقد تنبني عليه قال لان الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق في الملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحوالة والكفالة والصرف . فاذا خلط المالين على وجه لا يمكن تمييز احدهما عن الآخر فقد ثبتت الشركة في الملك فينبني عليه شركة العقد فأما قبل الخلط فالشركة في الملك لم تثبت حتى اذا هلك رأس مال احدهما كان هالكاً عليه خاصة فلا تثبت شركة العقد لان معنى الاختلاط فيه لا يتحقق مقصوداً . وعندنا موجب شركة العقد الوكالة على معنى ان كل واحد منهما يكون وكيل صاحبه في الشراء بالمال الذي عينه ولهذا شرطنا تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لان الوكالة بالشراء بماله لا تصح الا به فانه بدون تعيين المال يكون الوكيل مشترياً بما في ذمته وهذا التوكيل صحيح بدون خلط المالين ومعنى الاختلاط الذي تقتضيه الشركة في المشتري بالمال والربح لا في رأس المال وذلك ثابت بدون خلط وعلى هذا الاصل لو كان رأس مال أحدهما دراهم والآخرون دنائير تنعقد الشركة بينهما

صحيحة عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله * وكذلك ان كان رأس مال أحدهما بيضا
 والآخر سودا لان الشركة في الملك لا تثبت هنا حين كانا لا يختلطان وعلى الرواية التي شرط
 زفر الخلط جواب هذه الفصل ظاهر على مذهبه وأما على الرواية التي لا يشترط ذلك نقول
 في هذين الفصلين ربما يظهر الربح لاحدهما دون الآخر بتغيير سعر أحد النقيدين وذلك
 تقتضيه الشركة وعندنا موجب هذا العقد الوكالة وذلك صحيح مع اختلاف النقيدين فانهما
 لو صرحا بالوكالة بأن يشتري أحدهما بهذه الدراهم على ان يكون المشتري بينهما ويشتري
 الآخر بهذه الدنانير على أن يكون المشتري بينهما كان صحيحا فكذلك تصح الشركة بهذه
 الصفة (فأما شركة المفاوضة) فهي جائزة عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى لا أعرف ما المفاوضة
 وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ان كان في الدنيا عقد فاسد فهو المفاوضة وربما قال انه نوع
 من القمار فأما مالك رحمه الله فان كان لا يعرفها لغة فقد بينا اشتقاقها وان كان لا يعرفها شرعا فقد قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم تفاضوا فانه أعظم للبركة وقال عليه الصلاة والسلام اذا فاضتم
 فأحسنوا المفاوضة * وأما الشافعي رحمه الله فانه يبنى على مذهبه ان الاصل شركة الملك وما
 هو موجب المفاوضة قط لا يثبت باعتبار شركة الملك فهذا أفسدها وقال لانها تتضمن الكفالة
 بالمجهول للمجهول فان كل واحد منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما يلزمه بمجة التجارة
 والكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فبالمجهول أولى * والذي يقول انه ضرب من القمار فانما
 يدخل ذلك على مذهب الثوري لانه يقول اذا ورث أحدهما مالا يكون ذلك مشتركا بينهما
 ولسنا نقول بذلك فلا يدخل ذلك على مذهبنا * وحجتنا في ذلك ان هذه الشركة تتضمن
 الكفالة والوكالة وكل واحد منهما صحيح مقصودا فكذلك في ضمن الشركة فأما الجهالة
 بعينها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة سببا وذلك منعدم هنا لان كل واحد منهما انما
 يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعند الزوم المضمون له والمضمون به معلوم ومثل هذا
 لا يوجد في شركة العنان فان التوكيل بشراء بمجهول الجنس لا يصح مقصودا ثم صحت
 شركة العنان وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما غير مسمى في العقد فكذلك
 المفاوضة . ومن شروط هذه العقد ان يتساويا في رأس المال ولا يختص أحدهما بمالك مال
 يصلح ان يكون رأس ماله في الشركة من النقود وأن يتساويا في الربح فلا يشترط لاحدهما
 زيادة على صاحبه لما بينا أن قضية اللفظ المساواة ثم في ظاهر هذه الرواية تصح هذه الشركة

من غير خلط المالين والمالان لا يختلطان كالدرهم والدنانير والسود والبيض وزفر رحمه الله لا يجوز هذه الشركة بدون خلط المالين برواية واحدة (قال) لانه لو جاز لكان كل واحد منهما مختصاً بملك مال بعد عقد الشركة وذلك لا يجوز في هذا العقد (وقد) روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان هذه الشركة لا تجوز بمالين لا يختلطان لان المساواة شرط في هذا العقد والمساواة بين الدراهم والدنانير في المالية انما تكون بالتقويم وطريق ذلك الحزر والمساواة شرعاً لا تثبت بهذا الطريق كالمساواة التي تشتت في مبادلة الأموال الربوية بجنسها وان كان رأس مال أحدهما بيضاً ورأس مال الآخر سوداً وبينهما تفاوت في الصرف لا يجوز هذا العقد في ظاهر الرواية لعدم المساواة (وذكر) اسماعيل بن حماد عن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز لانه لا قيمة للجودة في الأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها وانما تعتبر المساواة في الوزن قال صلى الله عليه وسلم جيدها وورديتها سواء * وروى الحسن عن أبي حنيفة ان المفاوضة لا تنعقد الا بلفظ المفاوضة حتى اذا لم يذكر لفظة المفاوضة كان عناناً عاماً * والعنان قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً . وتأويل هذا أن أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكام المفاوضة فلا يتحقق منهما الرضا بحكم المفاوضة قبل علمهما به ويجعل تصريحهما بالمفاوضة قائماً مقام ذلك كله فان كان المتماقدان يعرفان أحكام المفاوضة صح العقد بينهما اذا ذكر معنى المفاوضة وان لم يصرحا بلفظها لان المعتبر المعنى دون اللفظ * فأما شركة الوجوه * فهي صحيحة عندنا وباطلة عند الشافعي بناء على أصله أن الأصل شركة الملك وذلك لا يوجد في شركة الوجوه . وعندنا شركة العقد تصح باعتبار الوكالة وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشتري بينهما انصفين أو ثلاثاً صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك الا أن في هذا العقد لا يصح التفاضل في اشتراط الربح بعد التساوي في ملك المشتري لان الذي يشترط له الزيادة ليس له في نصيب صاحبه رأس مال ولا عمل ولا ضمان فاشتراط جزء من ذلك الربح له يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان أراد التفاوت في الربح فينبغي أن يشترط التفاوت في ملك المشتري بأن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان حتى يكون لكل واحد منهما الربح بقدر ملكه * وهذه الشركة عندنا تجوز عناناً ومفاوضة الا ان المفاوضة لا تكون الا باعتبار المساواة في المشتري والربح جميعاً * فأما شركة التقبل * فهي صحيحة عندنا ولا تصح عند الشافعي رحمه الله بناء على أصله ان شركة الملك أصل ولا يوجد

ذلك في هذه الشركة فان اخلط في العمل لا يتحقق . ولكننا نقول جواز الشركة باعتبار الوكالة
وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بتقبل العمل صحيح فكذلك الشركة والناس تعاملوا بهذه
الشركة وشركة الوجوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير
وهو الاصل في جواز الشركة . ثم استحقاق الربح في طريق الشركة يكون بالمال تارة وبالعمل
أخرى بدليل المضاربة فان رب المال يستحق نصيبه من الربح بماله والمضارب بعمله وذلك
العقد شركة الاجارة بدليل انها لا تلزم وانه لا يحتاج فيها الى بيان المدة فاذا صح عقد الشركة
بين اثنين بالمال فكذلك يصح باعتبار العمل لان كل واحد منهما يستحق به الربح وسواء
اتفقت الاعمال أو اختلفت عندنا . وقال زفر رحمه الله ان اتفقت الاعمال كالفصارين والصباغين
اذا اشتركوا يجوز واذا اختلفت بان يشترك قصار وصباغ لا تجوز الشركة لان كل واحد منهما
عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صناعته فلا يتحقق ما هو مقصود
الشركة عند اختلاف الاعمال ولكننا نقول جواز هذه الشركة باعتبار الوكالة والتوكيل
بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل
اقامة العمل بيده بل له أن يقيم بأعوانه وأجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان
العقد صحيحاً (وهذا) النوع من الشركة قد يكون عناناً وقد يكون مفاوضة عند اجتماع
شروط المفاوضة ومعنى هذا أنه متى كان مفاوضة فان كل واحد منهما مطالب بما يلتزمه
صاحبه بحكم الكفالة . ومتى كان عناناً فانهما مطالب به من باشر السبب دون صاحبه كما هو
حكم الوكالة (اذا) عرفنا هذا فنقول . بدأ الكتاب ببيان شركة العنان وانهما كيف يكتبان
كتاب هذه الشركة بينهما والشركة عقد يمتد فيستحب الكتاب في مثله ليكون حكماً
بينهما فيما يجري من المنازعة قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل
مسمى فاكتبوه) ثم المقصود بالكتاب التوثيق والاحتياط فينبغي أن يكتب على أوثق
الوجوه ويتحرز فيه من طعن كل طاعن ثم بدأ فقال (هذا ما اشترك عليه فلان وفلان)
وبعض أصحاب الشروط عابوا عليه في هذا اللفظ فقال هذا إشارة الى الصك فلاحوط
أن يكتب هذا كتاب فيه ذكر ما اشترك فلان وفلان ولكن محمداً رحمه الله اتبع
الكتاب والسنة فيما اختار قال الله تعالى (هذا ما تواعدون) وهو إشارة الى ما هو المقصود
من الوعد للابرار والوعيد للفجار ولما اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم عبداً أمر أن

يكتب هذا ما اشترى محمد رسول الله من الغد بن خالد بن هوذة اليهودي (ولما) أمر صلى الله عليه وسلم بكتاب الصلح يوم الحديبية كتب علي رضي الله تعالى عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اصطاح محمد بن عبد الله وسهل بن عمرو علي أهل مكة * ثم قال (اشتركا علي تقوى الله وأداء الأمانة) فان هذا العقد عقد أمانة والمقصود تحصيل الربح وذلك بالتقوى وأداء الأمانة يحصل (ثم يبين مقدار رأس مال كل واحد منهما) لان عند القسمة لا بد من تحصيل رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فلا بد من إعلام ذلك في كتاب الشركة ليرجعا اليه عند المنازعة * ثم قال (وذلك كله في أيديهما) وهذه اشارة الى أن رأس المال ليس بغائب ولا دين بل هو عين في أيديهما * ومن الناس من شرط الخلط ومنهم من شرط أن يكون المال في أيديهما جميعا فالتوثيق يذكر ذلك ويذكر أنهما يشتريان به ويبيعان جميعا في شيء ويعمل كل واحد منهما فيه برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة * وعندنا هذا يملكه كل واحد منهما بمطلق عقد الشركة الا أن من العلماء من يقول لا يملك كل واحد منهما ذلك ما لم يصرحا به في عقد الشركة فلا تجوز عن قول هذه القائل يكتب هذا (ثم يذكر فاما كان فيه من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبعة فكذلك) ولا خلاف ان اشتراط الوضعية بخلاف مقدار رأس المال باطل واشتراط الربح صحيح عندنا خلافا للشافعي رضي الله تعالى عنه علي ما بينته وأما مكتوبة علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال الربح علي ما اشترطا والوضعية علي المال وانما يذكر هذا ليكون أبعد عن الاختلاف . ولكن انما يكتب هذا اذا كان الشرط بينهما هكذا ثم قال (اشتركا علي ذلك في شهر كذا من سنة كذا) وانما يبين التاريخ تنقطع المنازعة حتى لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه قبل هذا التاريخ (وكتب) التاريخ في زمن عمر رضي الله تعالى عنه فانه شاور الصحابة رضوان الله عليهم في التاريخ من أي وقت يعتبرونه فمنهم من قال من مولد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال من وقت مبعثه ومنهم من قال من وقت موته ثم اتفقوا علي التاريخ من وقت الهجرة وهو المعروف الذي يتعامل عليه الناس الي يومنا هذا قال (ولا يجوز أن يفضل احدهما صاحبه في الربح لافي المال العين أو العمل بأيديهما أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فأما في المال العين اذا تساويا في رأس المال واشترطا ان يكون الربح بينهما أثلاثا أو تفاوتا في رأس المال فكان لاحدهما الف والآخر ألفان واشترطا أن يكون الربح بينهما نصفين يجوز عندنا وعلي قول زفر

والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز. أما عند الشافعي رحمه الله تعالى فلان شركة الملك على مذهبه أصل وفي شركة الملك لا يجوز أن يستحق أحدهما شيئاً من ربح ملك صاحبه فكذلك في شركة العقد * واعتبر الربح بالوضيعة فهي بينهما على قدر رؤس أموالهما واشتراطهما خلاف ذلك باطل فكذلك الربح ولكننا نقول استحقاق الربح بالشرط فانما يستحق كل واحد منهما بقدر ما شرط له لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم * ثم جواز هذا العقد لحاجة الناس اليه والحاجة ماسة الى هذا الشرط فقد يكون أحدهما أحق من الآخر في وجوه التجارة فلا يرضى بأن يساويه صاحبه في استحقاق الربح مع حذاقته وخرق صاحبه * ثم الربح يستحق بالعمل بدون المال وهو في المضاربة فبالعمل مع المال أولي (ثم) الوضيعة هلاك جزء من المال. وكل واحد منهما أمين فيما في يده من مال صاحبه واشتراط الضمان على الأمين باطل ألا ترى ان في المضاربة لا يجوز اشتراط شيء من الوضيعة على المضارب ولهذا يقول زفر رحمه الله ان التساوي في الربح مع التفاضل في رأس المال لا يجوز هنا لانه لو جاز انما يجوز بالقياس على المضاربة علي معنى ان صاحب الالفين يشترط جزءاً من الربح للآخر بعمله فيه ومثل هذا في المضاربة لا يجوز لان المال في أيديهما والعمل مشروط عليهما وفي المضاربة لو شرط العمل على رب المال أو كون المال في يده لا يجوز ولكننا نقول موجب المضاربة التخلية بين المضارب وبين رأس المال فيكون آميناً عاملاً فيه وذلك ينعدم بهذا الشرط فأما موجب الشركة ليس هو التخلية بين أحدهما والمال فهذا الشرط لا يؤدي الى ابطال موجب الشركة (ثم) حكم المضاربة هنا ثبت تبعاً للشركة وقد ثبت الشيء حكماً على وجه لا يجوز اثباته قصداً كالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة * وكذلك في العمل بأيديهما يجوز شرط التفاضل في الربح عندنا للحاجة الى ذلك فقد يكون أحدهما أحق في العمل من الآخر * فأما قوله أو في الذي ليس فيه شراء شيء بتأخير فهو اشارة الى شركة الوجود فان التفاضل في الربح هناك لا يجوز عند اشتراط التساوي في ملك المشتري لان ذلك ربح مالم يضمن وقد بينا ذلك * قال (والشريكان في العمل اذا غاب أحدهما أو مرض أو لم يعمل وعمل الآخر فالربح بينهما على ما اشترطا) لما روى ان رجلاً جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أنا أعمل في السوق ولي شريك يصلي في المسجد فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك بركتك منه. والمعنى ان استحقاق الأجر بتقبل العمل دون مباشرته والتقبل كان

منهما وان باشر العمل أحدهما. ألا ترى ان المضارب اذا استعان برب المال في بعض العمل كان الربح بينهما على الشرط. أولا ترى أن الشريكين في العمل يستويان في الربح وهما لا يستطيعان ان يعملوا على وجه يكونان فيه سواء وربما يشترط لأحدهما زيادة ربح لحذاقته وان كان الآخر أكثر عملا منه فكذلك يكون الربح بينهما على الشرط ما بقي العقد بينهما وان كان المباشر للعمل أحدهما ويستوى ان امتنع الآخر من العمل بعذر أو بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه من العمل واستحقاق الربح بالشرط في العقد قال (وان جاء أحدهما بألف درهم والآخر بألفي درهم فاشتركا على أن الربح والوضيعة نصفان فهذه شركة فاسدة) ومراده ان شرط الوضيعة نصفين فاسد لان الوضيعة هلاك جزء من المال فكان صاحب الاثنين شرط ضمان شيء مما يهلك من ماله على صاحبه وشرط الضمان على الاثنين فاسد ولكن لا يبطل بهذا أصل العقد لان جواز الشركة باعتبار الوكالة والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما تفسد الشروط وتبقى الوكالة فكذا فان عملا على هذا فوضعا فالوضيعة على قدر رؤس أموالهما لان الشرط بخلافه كان باطلا وان ربحا فالربح على ما اشترطا لان أصل العقد كان صحيحا واستحقاق الربح بالشرط في العقد فكان بينهما على ما اشترطا * وان اشترطا الربح والوضيعة على قدر رأس المال والعمل من أحدهما بعينه كان ذلك جائزا لان العامل منهما معين لصاحبه في العمل له في ماله حين لم يشترط لنفسه شيئا من ربح مال صاحبه فهو كالمستبضع في مال صاحبه (وان) اشترطا الربح نصفين والوضيعة على رأس المال والعمل عليهما جاز ذلك لان صاحب الالف شرط لنفسه جزءا من ربح مال صاحبه وهو السدس بعمله فيه فيكون في معنى المضارب له الا أن معنى المضاربة تبع لمعنى الشركة والمعتبر موجب الأصل دون التبعية فلماذا لا يضرهما اشتراط العمل عليهما فان عملاه أو عمل أحدهما فالربح على ما اشترطا لان الاستحقاق بعد صحة العقد بالشرط لا بنفس العمل وقد كان العمل مشروطا عليهما فلا يضرهما تفرد أحدهما بإقامة العمل * وكذلك ان اشترطا العمل على صاحب الالف ووجه الجواز هنا أبين لان صاحب الاثنين دفع اليه ماله ليعمل فيه بسدس الربح فان المشروط له نصف الربح ثلث الربح حصة رأس ماله وسدسه الى تمام النصف يستحق من مال صاحبه بعمله فيه واشترط العمل على المضارب يصحح المضاربة ولا يبطلها * فان قيل * اذا كان يعمل هو في شيء شريك فكيف يستوجب عوض

عمله على شريكه * قلنا * استحقاق الربح بطريق الشركة لا بطريق الاجارة ولهذا لا يشترط فيه تسمية مقدار العمل ولا بيان المدة والعامل فيما هو شريك فيه لا يستوجب الأجر لان استحقاق الأجر بنفس العمل فاذا العامل فيما هو شريك فيه يستحق الربح بالشرط في عقد صحيح * وان اشترط العمل على صاحب الالفين لم تجز الشركة لان العامل شرط لصاحبه جزءاً من ربح ماله من غير أن يكون له فيه رأس مال أو عمل وذلك باطل فان استحقاق الربح باعتبار العمل والمال أو العمل أو الضمان ولم يوجد شيء من ذلك لصاحب الالف في مال صاحب الالفين فكان اشتراطه جزءاً من الربح له باطلا والربح بينهما على قدر رؤس أموالهما لان العامل لم يطعم في شيء من ربح مال صاحب الالفين حين لم يشترط شيئاً من ذلك لنفسه * قال (واذا أقعد الصانع معه رجلاً في دكانه يطرح عليه العمل بالنصف فهو فاسد في القياس) لان رأس مال صاحب الدكان منفعة والمنافع لا تصلح أن تجعل رأس مال في الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول والجهالة تفسد عقد الاجارة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول الا انه استحسن فجاز هذا لكونه متعاملاً بين الناس من غير نكير منكر وفي نزع الناس عما تعاملوا به نوع حرج فلدفع هذا الحرج يجوز هذا العقد اذ ليس فيه نص يبطله ولان بالناس حاجة الى هذا العقد فالعامل قد يدخل بلدة لا يعرفه أهلها ولا يأمنونه على متاعهم وانما يأمنون على متاعهم صاحب الدكان الذي يعرفونه وصاحب الدكان لا يتبرع بمثل هذا على العامل في العادة ففي تصحيح هذا العقد تحصيل مقصود كل واحد منهما لان العامل يصل الى عوض عمله والناس يصلون الى منفعة عمله وصاحب الدكان يصل الى عوض منفعة دكانه فيجوز العقد ويطيب الفضل لرب الدكان لانه أقعده في دكانه واعانه بمتاعه وربما يقيم بعض العمل أيضاً كالخياط يتقبل المتاع ويولى قطعه ثم يدفعه الى آخر بالنصف فهذا يطيب له الفضل وجواز هذه العقد لجواز عقد السلم فان الشرع رخص فيه لحاجة الناس اليه * قال (ولا تصح الشركة بالعروض) واعلم بأن الشركة بالنقود من الدراهم والدنانير جائزة ولا تجوز الشركة بالتبر في ظاهر المذهب وقد ذكر في كتاب الصرف أن من اشترى تبر بعينه شيئاً فهلك قبل القبض لا يبطل العقد فقد جعل التبر كالنقود حتى قال لا يتعين بالتعيين فالخاص أن هذا يختلف باختلاف العرف في كل

موضع فان كانت المبايعات بين الناس في بلدة بالتبر فهو كالنقود لا يتعين بالتعين ويجوز
الشركة به وان لم يكن في ذلك عرف ظاهر فهو كالعروض لا تجوز الشركة به فان كان
التعين مفيداً فيه فهو معتبر وان لم يكن مفيداً لا يعتبر كتعين الصنجان والقمات فأمّا
الشركة بالفلوس ان كانت نافعة لا تجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتجوز في
قول محمد رحمه الله (وذكر) الكرخي في كتابه أن قول أبي يوسف كقول محمد رحمهما الله
والاصح ما قلنا وهو بناء على مسألة كتاب البيوع اذا باع قلنا تعيينه بفلسين باعيانها يجوز
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وتعين الفلوس بالتعين بمنزلة الجوز والبيض وعند محمد
رحمه الله لا يجوز ولا تتعين الفلوس الرائجة بالتعين كالنقود . فكذلك في حكم الشركة محمد
رحمه الله يقول هي بمنزلة النقود ما دامت رائجة وهما يقولان الرواج في الفلوس عارض
في اصطلاح الناس وذلك يتبدل ساعة فساعة فلو جوزنا الشركة بها أدى الى جهالة رأس
المال عند قسمة الربح اذا كسدت الفلوس وأخذ الناس غيرها لان رأس المال عند قسمة
الربح يحصل باعتبار المالية لا باعتبار العدد ومالية الفلوس تختلف بالرواج والكساد (وروى)
الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ان المضاربة بالفلوس الرائجة تصح وقال أبو يوسف رحمه الله
لا تصح الشركة بها ولا تصح المضاربة وفرق بينهما فقال في المضاربة يحصل رأس المال أولاً
ليظهر الربح والفلوس ربما تكسد فلا تعرف ماليتهما بعد الكساد إلا بالحزر والظن ولا
وجه لا اعتبار العدد لما فيه من الاضرار بصاحب المال فأمّا في الشركة اذا كسدت الفلوس
يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما باعتبار العدد لان حالهما فيه سواء فلا يختص
أحدهما بالضرر دون الآخر (فأمّا) الشركة بالعروض من الدواب والثياب والعبيد لا
تصح عندنا وعلى قول ابن أبي ليلى ومالك رحمهما الله هي صحيحة للتعامل وحاجة الناس الى
ذلك ولا اعتبار شركة العقد بشركة الملك . وفي الكتاب علل للفساد فقال لان رأس المال
مجهول يريد به أن العروض ليست من ذوات الأمثال وعند القسمة لا بد من تحصيل
رأس مال كل واحد منهما ليظهر الربح فاذا كان رأس مالهما من العروض فتحصيله عند القسمة
يكون باعتبار القيمة وطريق معرفة القيمة الحزر والظن ولا يثبت التيقن به . ثم الشركة
مختصة برأس مال يكون أول التصرف به بعد العقد شراء لا بيعاً وفي العروض أول التصرف
يكون بيعاً وكل واحد منهما يصير موكلاً لصاحبه يبيع متاعه على أن يكون له بعض

ربحه وذلك لا يجوز وقد بينا ان صحة الشركة باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة بتلك الصفة فكذلك الشركة ومعنى هذا أن الوكيل بالبيع يكون أميناً فاذا شرط له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن والوكيل بالشراء يكون ضامناً للثمن في ذمته فاذا شرط له نصف الربح كان ذلك ربح ما قد ضمن ولان في الشركة بالعروض ربما يظهر الربح في ملك أحدهما من غير تصرف بتغير السعر فلو جاز استحق الآخر حصته من ذلك الربح من غير ضمان له فيه وربما يخسر أحدهما بتراجع سعر عروضه ويربح الآخر فلهذه المعاني بطلت الشركة بالعروض * فان باعا العروض ثمن واحد قسما الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم باعه لان كل واحد منهما تابع للملك والمسمى من الثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العروض فيقسم عليهما باعتبار القيمة ولكل واحد منهما حصة عرضه لان الشركة لما فسدت كأنها لم تكن (وكذلك) لا يصح أن يكون رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضاً في مفاوضة ولا عنان لجمالة رأس المال في نصيب صاحب العروض على ما بينا قال (وان اشتركا في مكيل أو موزون أو معدود متفق في المقدار والصفة فان لم يخطأه فليسا بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعة) لان هذه الاشياء بمنزلة العروض وتستحق أعيانها بالعقد وأول التصرف فيها بعد الشركة يكون بيعاً لا شراء فكانت كالعروض لا تجوز الشركة بها وان خطأه فهو بينهما وما ربحا فيه فلهما وما وضعاه فيه فعليهما وهذا ظاهر لان الخلط حصل بفعليهما فالخلوط يكون مشتركا بينهما على قدر ملكهما وقد كان ملكهما سواء فالربح والوضعية بعد البيع يكون بينهما على ذلك ولم يذكر في الكتاب ان الشركة بينهما بعد الخلط تكون شركة ملك أو شركة عقد. وذكر في النوادر أن على قول أبي يوسف رحمه الله الشركة بينهما شركة ملك وعند محمد رحمه الله تكون شركة عقد وفائدة هذا الخلاف فيهما أنهما اذا اشترطا من الربح لأحدهما زيادة على نصيبه عند أبي يوسف رحمه الله لا يستحق ذلك بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما اشترطا * محمد يقول المكيل والموزون عرض من وجه ثمن من وجه. ألا ترى ان الشراء بهما ديناً في الذمة صحيح فكان ثمنهما وان بيع عينيهما صحيح فكانت مبيعة وما تردد بين الأصاين يوفر حظه عليهما فلهما بالعروض قلنا لا تجوز الشركة بهما قبل الخلط ولشبههما بالاثمان قلنا تجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان باعتبار الشبهين تضعف

اضافة عقد الشركة اليهما فيتوقف ثبوتها علي ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة
 الملك لا محالة فيتأكد به شركة العقد لا محالة وأبو يوسف رحمه الله يقول ما يصلح أن
 يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط كالنقود فكذلك
 ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدم الخلط وهذا لان
 قبل الخلط انما يجوز شركة العقد بها لانها متعينة فتعين رأس المال لا بد منه في عقد الشركة
 واعيانها مبيعة وأول التصرف بها يكون بيعا وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر
 بالخلط لان الخلط لا يتقرر الا في معين والمخلوط المشترك لا يكون الا معينا فتقرر المعنى
 المفسد لا يكون مصححا للعقد والذي يقال لحمد ان تحصيل رأس المال عند القسمة هنا
 ممكن لانها من ذوات الأمثال يشكك بما قبل الخلط فان هذا المعنى موجود فيه ومع ذلك
 لا يثبت بينهما شركة العقد وكذلك يشكك بما اذا كان رأس مال أحدهما حنطة ورأس مال
 الآخر شعيرا فالشركة لا تصح هنا بينهما خلطاه أو لم يخلطاه ورأس مال كل واحد منهما
 من ذوات الأمثال يمكن تحصيله عند قسمة الربح ولكن محمد رحمه الله يفرق ويقول عقد
 الشركة انما يثبت بعد الخلط باعتبار المخلوط فعند اختلاف الجنس المخلوط ليس من ذوات
 الأمثال ألا ترى ان من أتلف هذا المخلوط كان عليه قيمته وان لم يكن من ذوات الأمثال
 كان بمنزلة العروض وأما اذا كان الجنس واحداً فالمخلوط من ذوات الأمثال حتى أن من أتلفه
 يضمن مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل (ثم) عند اختلاف
 الجنس اذا باع المخلوط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه بمخلوط
 لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل واحد منهما وملك كل واحد منهما كان معلوم
 القيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة ولكن مخلوطاً لانه دخل في البيع بهذه الصفة
 واستحقاق الثمن بالبيع فتعتبر صفة ملك كل واحد منهما حين دخل في البيع فان كان أحدهما
 يزيد الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يتقسمون غير مخلوط ومعنى هذا ان قيمة الشعير
 تزداد اذا خلطاه بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمة شعيره غير
 مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب
 الحنطة يضرب بقيمة حنطته بمخلوطه بالشعير لان النقصان حصل بعمل هو راض به وهو
 الخلط وقيمة ملكه عند البيع ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى في الفصاين

جميعاً فقال قوله في الفصل الأول أنه يعتبر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه وفي الفصل
 الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح أنه يقسم الثمن على قيمة متاع كل واحد منهما يوم وقع
 البيع لأن استحقاق الثمن بالبيع وإنما يقسم الثمن على القيمة وقت البيع. ألا ترى أنهما لو لم يخلطا
 ولكن باعا الكل جملة فقسمة الثمن تكون على القيمة وقت البيع فكذلك بعد الخلط إلا
 أن يكون تأويل المسئلة أن تكون قيمته وقت الخلط والقسمة والبيع سواء (قال) الشيخ
 الامام الأجل رحمه الله تعالى وعندي أن ما ذكره صحيح لأن معرفة قيمة الشيء بالرجوع إلى
 قيمة مثله مما يباع في الأسواق وليس للمخلوط مثل يباع في الأسواق حتى يمكن اعتبار
 قيمة ملك كل واحد منهما وقت البيع فإذا تعذر هذا وجب المصير إلى التقويم في وقت يمكن
 معرفة قيمة كل واحد منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين أعتق أحدهما مافي بطنها فهو
 ضامن لنصيب شريكه معتبرا بوقت الولادة لتعذر إمكان معرفة القيمة وقت العتق لكونه
 محتبثا في البطن فيصار إلى تقويمه في أول الحال الذي يمكن معرفة القيمة فيه وهو بعد الولادة
 فكذلك هنا يصار إلى معرفة قيمة ملك كل واحد منهما في أول أوقات الامكان وهو عند
 الخلط إلا أنه إذا علم أن الخلط يزيد في مال أحدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة
 الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقنا بزيادة ملك أحدهما ونقصان ملك الآخر فتعتبر
 القيمة وقت القسمة باعتبار أن عند الخلط ملك كل واحد منهما من ذوات الامثال فيجعل حق
 كل واحد منهما بعد الخلط كالباقي في المثل إلى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل
 واحد منهما بخلاف ما إذا لم يخلطه لأن تقويم ملك كل واحد منهما وقت البيع (قال) فإن
 كان لأحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار خلطا أو لم يخلطا فهما سواء لأنهما لا يختلطان
 وقد بينا أن خلط المالين في النقود ليس بشرط لصحة عقد الشركة فأيها ملك هلك من مال
 صاحبه لأنه بقي على ملكه بعد عقد الشركة وكل واحد منهما أمين في رأس مال صاحبه
 سواء هلك في يده أو في يد صاحبه يكون هلاكه عليه ثم الشركة تبطل بهلاك أحد المالين
 لأن المقصود بالشركة التصرف بها لا عينها فإذا اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود ما لو
 اقترن بالعقد كان مانعا من العقد فكذلك إذا اعترض يكون مبطلا كالتخمر في العصير
 المشتري قبل القبض والكساد في الفلوس وانعدام رأس المال لأحدهما لو اقترن بالعقد كان
 مانعا فكذا إذا اعترض والمشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه خاصة هكذا يقول في

بعض المواضع . وفي بعض المواضع يقول اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف ما نقد من الثمن . وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع . فحيث قال يكون الباقي مشتريا لنفسه خاصة وضع المسألة فيما اذا أطلقا الشركة فيكون المشتري بمال أحدهما مشتركا بينهما عند الاطلاق من قضية عقد الشركة وقد بطلت بهلاك مال أحدهما فيكون الآخر مشتريا لنفسه . وحيث قال المشتري بمال آخر لا بينهما وضع المسألة فيما اذا صرحا عند عقد الشركة على أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون مشتركا بينهما وعند هذا التصريح الشركة في المشتري من قضية الوكالة لان كل واحد منهما قد وكل صاحبه بالشراء بماله نصا على ان يكون نصف المشتري له والشركة وان بطلت بهلاك أحد المالكين فالوكالة باقية فلماذا كان المشتري بينهما نصفين ويرجع المشتري على صاحبه بنصف الثمن لانه اشترى له النصف بحكم الوكالة ونقد الثمن من مال نفسه فيرجع به عليه . واذا تأملت موضوع المسألة في كل موضع يتبين لك صحة الجواب من غير حاجة الى الفرق ومن غير تناقض في الجواب قال (فان اشترى متاعا على المال فنقدا الثمن من الدراهم ثم هلك الدنانير فانها تهلك من مال صاحبها خاصة) لبقائها على ملكه بعد الشراء بالدراهم والمشتري بالدراهم بينهما على قدر رؤس أموالهما لان الشركة كانت قائمة بينهما حين اشتريا بالدراهم وصار المشتري مشتركا بينهما فلا يتغير ذلك بهلاك الدنانير بعد ذلك ولكن يرجع صاحب الدراهم على صاحب الدنانير من ثمن المتاع بقدر حصته من المتاع لانه اشترى ذلك القدر له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وانما رضي بذلك على أن يشتري الآخر بالدنانير لهما وينقد الثمن من مال نفسه فاذا فات ذلك رجع بما نقد من ثمن حصته من دراهمه (ثم) لم يذكر ان شركتهما في المتاع المشتري شركة عقد أو شركة ملك وفيه اختلاف بين محمد والحسن رحمهما الله تعالى فعند محمد هي شركة عقد حتى اذا باعه أحدهما نفذ بيعه في الكل وعند الحسن رحمه الله هي شركة ملك حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك الدنانير كما لو هلك قبل الشراء بالدراهم وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك . وجه قول محمد رحمه الله ان هلاك الدنانير كان بعد حصول ما هو المقصود بالدراهم وهو الشراء بها فلا يكون مبطلا شركة العقد بينهما في ذلك كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا . قال (فان اشتريا

بالدراهم والدنانير جميعاً متاعاً فالتاع بينهما على قدر رأس أموالهما) والحاصل ان في شرط الربح
يعتبر قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت عقد الشركة وفي وقوع الملك للمشتري يعتبر
قيمة رأس مال كل واحد منهما وقت الشراء وفي ظهور الربح في نصيبهما أو في نصيب أحدهما
يعتبر قيمة رأس المال وقت القسمة لانه ما لم يحصل رأس المال لا يظهر الربح وقد بينا هذا
فيما أمليناه من شرح الجامع . قال (وان اشترى بالالف متاعاً ثم اشترى بعد ذلك بالدنانير متاعاً
فوضعا في احد المتاعين وربحاً في الآخر فذلك بينهما على قدر رأس أموالهما) لان الوضعية
هالك جزء من المال والربح كالل مال فيكون على قدر رأس المال ما لم يغير ذلك بشرط صحيح
(وكذلك) رجلان اشترى متاعاً بألف درهم وكر حنطة على ان لاحدهما من المتاع بحصة
الالف وللآخر بحصة الكر ودفعوا الثمن فهذا الشرط معتبر لمقتضى مطلق السبب لان كل
واحد منهما في الشراء يكون عاملاً لنفسه وانما يملك من المبدل بقدر ما تقدمه من البديل
(وكذلك) لو اشترى متاعاً بكر حنطة وكر شعير فكال أحدهما كر حنطة على ان له من المتاع
بحصته وكال الآخر الشعير على ان له من المتاع بحصته ثم باع ذلك بدراهم فانهما يقتسمان
الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقتسمان * وكذلك كل ما يكال أو يوزن . قال عيسى رحمه
الله هذا غلط والصواب ان يقتسم ذلك على القيمة يوم الشراء لما بينا ان في وقوع الملك في
المشتري يعتبر قيمة مال كل واحد منهما يوم الشراء فانما يملك كل واحد منهما من المتاع
المشتري بقدر رأس ماله عند الشراء ثم اذا باع ذلك فثمن حصة كل واحد منهما يكون له
كما في العروض لو اشترى متاعاً بعرضين أحضرهما لكل واحد منهما عرض ثم باع ذلك
المتاع بدراهم اقتسما الثمن على قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء بها الا أن يكون
تأويل المسألة انهما باعا المتاع مرابحة فحينئذ الثمن في بيع المرابحة مبني على الثمن الأول
على قدر الملك فيقسم الثمن بينهما على قدر قيمة رأس مالهما وقت القسمة بخلاف العروض
فان المشتري بالعروض لا يجوز بيعه مرابحة انما يجوز بيع المرابحة في المشتري بماله مثل من
جنسه فكانت القسمة على قدر قيمة العروض وقت الشراء بها . ولكن هذا التأويل بعيد
فانه قال ثم باع ذلك بدراهم . وقد نص على حكم بيع المرابحة بعد هذا فقال (اذا اشترى
بالمكيل والموزون وباعه مرابحة استوفى كل واحد منهما رأس ماله الذي كاله أو وزنه ثم
اقتسما الربح على قيمة رأس مال كل واحد منهما ان باعه مرابحة بمال مسمى وان باعه بربح

عشرة أحد عشر كان لكل واحد منهما رأس ماله وحصته من الربح على ما باعا لانهما اذا باعا بربح عشرة أحد عشر فالربح من جنس أصل رأس المال بصفته واذا باعاه مباحجة بمال مسمى فالربح مبني على الثمن الأول فيقسم على قيمة رأس مال كل واحد منهما . بيان هذا فيما قال في كتاب المضاربة لو اشترى شيئاً بالف درهم نقد بيت المال ثم باعه مباحجة بربح مائة درهم فالربح الغلة ولو باعه بربح عشرة أحد عشر فالربح من نقد بيت المال كاصل الثمن وبهذا الفصل يتبين ضعف التأويل الذي قلنا في مسئلة الطعن فانه قال هناك يقسمان الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقسمان فاعتبر في جميع ذلك الثمن دون الربح * قال الشيخ الامام رحمه الله والذي تخايل لي بعد التأمل في تصحيح جواب الكتاب انه بني على قول محمد رحمه الله ان شركة العقد بالمكيل والموزون ثبتت عند خلط المال وقد بينا هذا الا ان الخلط اذا كان في أصل رأس المال يختلف الجواب باتحاد الجنس وخلاف الجنس لان تمام الاختلاط عند اتحاد الجنس فاما الخلط هنا باعتبار المشتري والمشتري مختلط بينهما سواء اتفق جنس رأس المال أو اختلف فكان المشتري مشتركاً بينهما شركة عقد ورأس مال كل واحد منهما ما أداه وهو من ذوات الامثال فيجب تحصيله عند القسمة فلهذا قال يقسم الثمن على قيمة الحنطة والشعير يوم يقسمان بخلاف العروض فان شركة العقد لا تثبت بالعروض بحال ولا يكون حق كل واحد منهما في مثل عرضه لانه لا مثل له فكان المعتبر قيمة عرض كل واحد منهما وقت الشراء . قال (ولو أن رجلاً أعطى رجلاً دنانير مضاربة فعمل بها ثم أراد القسمة كان لرب المال أن يستوفي دنانيره أو يأخذ من المال بقيمتها يوم يقسمون) لان المضارب شريك في الربح ولا يظهر الربح الا بعد وصول كمال رأس المال الى رب المال اما باعتبار العين أو باعتبار القيمة وقد بينا في اظهار الربح ان المعتبر قيمة رأس المال في وقت القسمة . وانما أورد فصل المضاربة لا يوضح ما أشار اليه في الشركة قال (وينبغي لمن خالف ذلك أن يقول يأخذ قيمتها يوم أعطاه ولم يبين من المخالف قبل المخالف) زفر رحمه الله قال لا يجوز شركة العقد بالدرهم والدنانير لا اختلاف جنس رأس المال وانما يكون لكل واحد من ملك المشتري بقدر ما أعطى من ماله فلهذا يعتبر قيمة كل واحد منهما وقت الاعطاء * وفي النوادر لو دفع الى رجل ألف درهم على أن يعمل بها على ان له ربحها وعليه الوضعية فملك قبل الشراء فالقبض ضامن لها لان المعطى مقرض المال منه حين شرط

ان الربح كله له والوضيعة عليه فهو اشارة الا انه يعمل بها لنفسه وذلك لا يكون الا بعد
 الاقراض والقبض بحكم القرض قبض ضمان . ولو قال اعمل بها علي ان الربح بيننا والوضيعة
 بيننا فهلك قبل ان يعمل بها فلا ضمان عليه في قول أبي يوسف لانه امره بالعمل بها علي
 وجه الشركة والمال امانة في يد الشريك وثبت حكم القرض في النصف هنا بمقتضى الشراء
 لانه في النصف يصير مشتريا لنفسه فما يتقد فيه الثمن يكون قرضا عليه فلا يثبت ذلك قبل
 الشراء وعند محمد رحمه الله هذا والأول سواء فاذا هلك قبل الشراء بها فعليه ضمان نصفها
 للمعطي اعتبارا للجزء بالكل وهذا لانه شرط الوضيعة عليه في النصف وذلك لا يكون الا
 بطريق الاقراض فان المضارب ليس عليه من الوضيعة شيء بفعلناه مقرضا نصف المال منه
 وضمان القرض يثبت بالقرض . قال (واذا جاء كل واحد منهما بالف درهم فاشتركا بها
 وخطاها كان ما هلك منها هالكا منهما وما بقي فهو بينهما) لان المخلوط مشترك بينهما
 وما يهلك من المال المشترك يهلك علي الشركة اذ ليس صرف الهالك الى نصيب أحدهما
 بأولى من صرفه الى نصيب الآخر الا أن يعرف شيء من الهالك أو الباقي من مال أحدهما
 بعينه فيكون ذلك له وعليه لان الاختلاط في ذلك القدر لم يتحقق . وانما يعرف ذلك بان
 يكون مال أحدهما صاحبا والآخر مكسورا فما كان باقيا من الصحاح يعلم انه ملك صاحبها
 والحال في هذا قبل الاختلاط . وبعبارة سواء فأما اذا لم يعرف فانه يجعل الهالك والقائم بينهما
 علي قدر ما اختلط من رؤس أموالهما ليتحقق الاختلاط في ذلك . قال (واذا اشتركا بغير
 رأس مال علي ان ما اشتريا من الرقيق بينهما فهذا جائز) وهذا يفسد شركة الوجوه في
 الرقيق خاصة وقد بينا أن شركة الوجوه تكون مفاوضة تارة وعنانا أخرى والعنان منها
 يكون عاما وخاصا كالعنان في الشركة بالمال وهذا لان جوازها باعتبار الوكالة والتوكيل
 بشراء نوع خاص صحيح * وكذلك لو قال في هذا الشهر لانه توقيت في التوكيل والوكالة
 تقبل التخصيص في الوقت والعمل جميعا . قال (فان قال أحدهما قد اشترت متاعا فهلك مني
 وطالب شريكه بنصف ثمنه لم يصدق علي شريكه بذلك القدر) لان كل واحد منهما وكيل
 صاحبه بالشراء والوكيل بالشراء اذا لم يكن الثمن مدفوعا اليه فقال اشتريته وهلك في يدي
 لا يصدق في الزام الثمن في ذمة الموكل بخلاف ما اذا كان الثمن مدفوعا اليه لان الوكيل
 أمين فيقبل قوله في براءته عن الضمان ولا يقبل قوله في الزام الدين لنفسه في ذمة الموكل لانه

في ذلك غير أمين ولكن اذا دخل في ملكه ظاهراً مثل ما لزمه صح الزامه اياه وذلك بمباشرة
 الشراء لا باقراره فكذلك هنا كل واحد منهما في مباشرة الشراء يلزم ذمة صاحبه مثل
 ما يدخله في ملكه ظاهراً فاما في الاقرار لا يدخل شيئاً في ملك شريكه ظاهراً فلا
 يصدق في الزام شيء في ذمته والقول قول الشريك لا نكاره بعد أن يحلف وإنما يحلف
 على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وهو شراء المدعى والحلف على فعل الغير يكون على
 العلم كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة يحلف لكم اليهود
 خمسين يمينا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلاً قال (وان أقام البينة على الشراء والقبض ثم ادعى
 هلاك المتاع فalcول قوله مع يمينه على الهلاك) لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة ثم هو
 أمين في المقبوض من نصيب صاحبه فيكون القول قوله في الهلاك مع يمينه ويتبع
 شريكه في نصف الثمن لان هلاك المشتري في يد الوكيل اذا لم يمنعه من الموكل كهلاكه
 في يد الموكل* وكذلك اذا اشتريا متاعاً وقبضاه ثم قبضه أحدهما لبيعه وقال قد هلك فهو
 مصدق مع يمينه لانه وكيل بالبيع في نصف صاحبه والوكيل بالبيع أمين فيما في يده فalcول
 في هلاكه قوله مع يمينه قال (واذا اشتركا بغير مال على ان ما اشترياه من شيء فهو بينهما
 نصفين ولا أحدهما بعينه ثلثا الربح ولا آخر الثلث فالشركة جائزة والشرط باطل) لان أحدهما
 شرط لنفسه جزءاً من ربح ملك صاحبه وهو غير ضامن لشيء من نصيب صاحبه وقد
 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولكن أصل الشركة لا تبطل
 بالشرط الفاسد فيجوز بيع كل واحد منهما فيما اشترى والربح بينهما نصفين على قدر
 ما كهما في المشتري قال (واذا اشتركا شركة عنان بأموالهما أو بوجوههما فاشترى أحدهما
 متاعاً فقال الشريك الذي لم يشتره هو من شركتنا وقال المشتري هو لي خاصة وإنما
 اشتريته بمالي لنفسى قبل الشركة فalcول قول المشتري) لان الظاهر شاهد له والاصل أن
 يكون كل أحد عاملاً لنفسه ما لم يقيم دليل على عمله لغيره ولان سبب الملك له في المشتري
 ظاهر والآخر يدعى استحقاق بعض ما في يده عليه فكان القول قول المنكر مع يمينه
 بالله ما هو من شركتنا ﴿فان قيل﴾ قيام عقد الشركة بينهما في هذا النوع دليل ظاهر على
 ان المشتري بينهما فهو في قوله اشتريته قبل عقد الشركة يدعى لنفسه تاريخاً سابقاً في الشراء
 ومثل هذا التاريخ لا يثبت الا بحجة ﴿قلنا﴾ نعم هذا نوع ظاهر يشهد للآخر ولكن الظاهر

حجة لدفع الاستحقاق فلا يثبت الاستحقاق بها وحاجة الآخر الى اثبات الاستحقاق فلا
يكفيه الظاهر لذلك فأما حاجة المشتري الى دفع الاستحقاق للآخر عما في يده فالظاهر
يكفيه لذلك . قال (رجل أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فقال المأمور نعم ثم ذهب
فاستراه وأشهد أنه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشركة) لانه وكيل من جهة الآخر
في شراء نصف العبد له والوكيل لا يعزل نفسه بغير محضر من الموكل كما ان الموكل لا يعزل
وكيله بغير علم منه لما في فعل كل واحد منهما من الالتزام في حق صاحبه وذلك لا يثبت
بدون علمه كخطاب الشرع لا يلزم المخاطب ما لم يعلم به ولانه قصد عزل نفسه هنا في امثال
أمر الأمر فالتما عزله في مخالفته أمره لكيلا ينفذ تصرفه عليه فأما في امثال أمره لا يمكنه
أن يعزل نفسه . وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما
لم يستطع أحدهما الخروج عن الشركة الا بمحضر من صاحبه لان كل واحد منهما وكيل
لصاحبه * ولو أشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى
اذا تصرف قبل أن يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الأمر فكذلك في الشركة . قال (رجل أمر
رجلاً أن يشتري له عبداً بعينه بينه وبين المأمور فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا
العبد بيني وبينك فقال المأمور نعم ثم ذهب المأمور فاشترى العبد فالعبد بين الأمرين نصفين
ولا شيء للمشتري فيه) لان الأمر الأول وكله بشراء نصفه له وقد تمت الوكالة بقبوله
وصار بحال لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك لا يملك شراءه لانسان آخر لانه انما
يملك الشراء لغيره باذنه فيما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني بأن يشتري العبد بينه وبينه
فقد أمره بشراء نصفه له فينصرف هذا النصف الى النصف الآخر غير النصف الذي قبل
الوكالة فيه من الأول وهذا لانه وان ذكر كل النصف مطلقاً ولكن مقصودهما تصحيح
هذا التصرف ولا يمكن تصحيحه إلا أن يتعين في الوكالة من الثاني النصف الآخر وهو
نظير عبد بين شريكين باع أحدهما نصفه مطلقاً ينصرف يبعه الى حصته خاصة فهنا أيضاً
ينصرف توكيل الثاني الى النصف الآخر خاصة فهذا يجعل مشترياً نصفه لكل واحد منهما
بوكالته وخارج من البين . قال (رجل اشترى عبداً وقبضه فطلب اليه رجل آخر الشركة
فاشركه فيه فله نصفه) لان الاشراك تملك نصف ما ملك بمثل الثمن الذي ملكه به ولو ملكه
منه جميع ما ملك بعد ما قبضه بأن ولاه البيع كان صحيحاً فكذلك اذا ملكه نصفه . وبيان

هذا ان مطلق عقد الشراكة يقتضى التسوية قال الله تعالى في ميراث أولاد الام (فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) اقتضى التسوية بين الذكور والاناث فلما قال هنا أشركتك فيه فعناه سويتك بنفسي وذلك تمليك للنصف منه وكذلك لو أشرك رجلين فيه صفقة واحدة كان العبد بينهما أثلاثا لانه سواهما بنفسه وانما تحقق التسوية اذا كان العبد بينهما أثلاثا . قال (ولو اشترى رجلان عبدا فأشركا فيه رجلا فالقياس أن يكون للرجل نصفه ولكل واحد من المشتريين ربعه) لان الاشراك تمليك بطريق التسوية بين المشتري وبين من أشرك على ما روى ان أبا بكر رضي الله تعالى عنه لما اشترى بلالا رضي الله عنه أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه أشركني فيه فقال قد أعتقته . ففرنا بهذا أن الاشراك تمليك حتى امتنع منه بالاعتاق ومقتضى لفظ الاشراك التسوية فكل واحد منهما صار مملكا نصف نصيبه منه حين سواه بنفسه في نصيبه فيجمع له نصف العبد ويبقى لكل واحد منهما ربعه . وفي الاستحسان يكون له ثلثه لانها حين أشركاه فقد سواه بأنفسهما فيقتضى هذا اللفظ أن يسوى بينهما في ملك العبد وانما يتحقق ذلك اذا صار له ثلث العبد من جهة كل واحد منهما السدس ويبقى لكل واحد منهما ثلثه . يوضحه أنهما حين أشركاه فقد جعلاه كالمشتري للعبد معهما ولو اشتراه معهما كان له ثلث العبد . قال (ولو أشركه أحد الرجلين في نصيبه ونصيب صاحبه فأجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه) لان اشراكه في نصيبه نفذ في الحال وفي نصيب شريكه توقف على اجازة الشريك وعند الاجازة يصير الشريك مشركا له في نصيبه فكان كل واحد منهما أشركه في نصيبه بعقد على حدة (وروى) ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد المشتريين اذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فأجاز شريكه كان العبد بينهما أثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو أشركه باذن شريكه كان بينهما أثلاثا وهذا لان المميز صار راضيا بالسبب لا مباشره والحكم الثابت عند الاجازة يسند الى وقت العقد فيصير كأنهما أشركاه معا فيكون بينهما أثلاثا . قال (وكذلك ان أشركه أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر أيضا في نصيبه) لان كل واحد منهما سواه بنفسه في نصيبه في عقد على حدة فيصير مملكا نصف نصيبه منه . وذكر ابن سماعة عن ابن يوسف رحمه الله أن أحد المشتريين لو قال لرجل أشركتك في نصف هذا العبد كان مملكا جميع نصيبه منه

بمنزلة قوله قد أشركتك بنصف هذا. ألا ترى أن المشتري لو كان واحدا فقال لرجل
 قد أشركتك في نصفه كان له نصف العبد بمنزلة قوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال
 أشركتك في نصيبي فإنه لا يمكن أن يجعل بهذا اللفظ مملكا جميع نصيبه بأقامة حرف
 في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصبي كان باطلا فلهذا كان له نصف نصيبه.
 قال (رجل اشترى عبدا ولم يقبضه حتى أشرك فيه رجلا لم يجز) لأنه بيع ما لم يقبض وذلك
 منهي عنه ألا ترى أنه لو ملكه الكل قبل القبض بطريق التولية لم يجز فكذلك إذا ملكه
 البعض بالاشراك فإن أشركه بعد القبض فهلك قبل أن يسلمه إليه لم يكن عليه ثمن ما
 أشركه فيه بمنزلة ما لو ولّاه وهذا لأنه في حقه بائع وهلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم
 مبطل للبيع. ولم يذكر في الكتاب لو قبض نصف العبد ثم أشرك فيه غيره (والجواب) أنه
 يصح اشراكه في نصف العبد اعتبارا للبعض بالكل (فان قيل) كان ينبغي أن ينصرف
 اشراكه الى النصف الذي قبضه خاصة تصحيحا لتصرفه بمنزلة عبد بين شريكين باع
 أحدهما نصفه مطلقا ينصرف البيع الى نصيبه خاصة قلنا الاشراك يقتضي التسوية وإنما
 يتحقق إذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه ولا يصح في
 غير المقبوض لانعدام شرطه فأما إذا انصرف الى تملك المقبوض خاصة لا يكون تسوية
 بينهما وتصحيح التصرف يجوز على وجه لا يخالف الملفوظ في تعيين المقبوض هنا مخالفة
 الملفوظ بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصف المقبوض فليس في تعيين نصيبه هناك
 لتصحيح العقد مخالفة الملفوظ. قال (وإذا اشترك الرجلان في عبد قبل أن يشترياه فقال
 كل واحد منهما لصاحبه أينما اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو قال فصاحبه فيه
 شريك له فهو جائز) لأن كل واحد منهما يصير موكلا لصاحبه بأن يشتري نصف العبد له
 فأيهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه بوكالته فإذا قبضه فذلك كقبضهما
 جميعا لأن القبض من حقوق العقد وذلك الى العاقد. ثم يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه منه
 حتى إذا مات كان من مالهما جميعا (فان اشترياه معاً أو اشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه
 ثم اشترى صاحبه النصف الباقي كان بينهما) لأنهما ان اشترياه معاً فقد صار كل واحد منهما
 مشتريا نصفه لنفسه وان اشترى أحدهما نصفه فقد صار مشتريا نصف هذا العبد لنفسه

ونصفه لصاحبه وكان العبد بينهما فان نقد أحدهما الثمن بأمر صاحبه أو بغير أمره وقد
كانا اشتراكا فيه قبل الشراء على ما وصفت لك فانه يرجع بنصف الثمن على شريكه لان
بالنقد السابق بينهما صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في نقد الثمن من ماله ألا ترى أنه
لو اشتراه أحدهما ونقد الثمن رجع على شريكه بنصفه بحكم تلك الوكالة فكذلك اذا اشتراه
وأدى الثمن أحدهما فانما أدى النصف عن نفسه والنصف عن شريكه بوكالته فيرجع به
عليه . (قال فان أذن كل واحد منهما لصاحبه في بيعه ثم باعه أحدهما على ان له نصفه كان
بائعا للنصف شريكه بنصف الثمن فان باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين
شريكه نصفين) في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله البيع
على نصف المأمور خاصة فيحتاج في تخرج هذه المسئلة الى معرفة فصلين (أحدهما) أن عند أبي
حنيفة الوكيل يبيع العبد يملك بيع نصفه والوكيل يبيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك
النصف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يملك وقد بينا هذا في كتاب الوكالة (والثاني)
أن العبد اذا كان لواحد فقال لرجل بعته منك الا نصفه بألف درهم كان بائعا للنصف بألف
درهم . ولو قال بعته منك بألف درهم على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الاستثناء
والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال بعته منك نصفه بألف
درهم فأما قوله على أن لي نصفه ليس باستثناء بل هو عامل على سبيل المعارضة للأول
فكان الايجاب الاول متناولا لجميعه وبالمعارضة تبين انه جعل الايجاب في نصفه للمخاطب
وفي نصفه لنفسه وذلك صحيح منه اذا كان مقيدا ألا ترى أن رب المال يشتري مال المضاربة
من المضارب فيكون صحيحا وان كان ذلك مملوكا له لكونه مقيدا فنهنا أيضا ضم نفسه
الى المخاطب في شراء العبد مقيد في حق التقسيم فلهذا كان بائعا نصفه من المخاطب
بخمسمائة . اذا عرفنا هذا فنقول البائع منهما هنا بائع نصفه بحكم الملك وفي النصف وكيل
عن صاحبه فاذا قال بعته منك على ان لي نصفه كان ايجابه متناولا للكل . ثم قوله على ان لي
نصفه معارض فيكون ذلك معتبرا في تقسيم الثمن وفي ابقاء نصيبه على ملكه ويبقى موجبا
للمشتري نصيب شريكه بنصف الثمن . واذا قال بعته الا نصفه فهذا بمنزلة قوله بعته نصفه
بكذا فعند أبي حنيفة ينصرف الى النصف من النصيبين جميعا لان تعيين نصيبه قبل الوكالة
لتصحيح تصرفه وبعد الوكالة تصرفه صحيح وان لم يتعين له نصيبه لان من أصله أن الوكيل

يبيع نصف العبد يملك بيع نصف ذلك النصف فلهذا كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين
 شريكه نصفين وعندهما لا يمكن تصحيح تصرفه في النصيبين لأن الوكيل يبيع نصف العبد لا يبيع
 نصف ذلك النصف فيصرف بيعة إلى نصيب نفسه لتصحيح تصرفه . قال (رجل اشترى عبدا
 وقبضه ثم قال لرجل آخر قد اشركتك في هذا العبد على أن تنقد الثمن عني ففعل كانت هذه
 الشركة فاسدة) لأنه ملكه نصف العبد يباع بنصف الثمن وشرط فيه أن ينقد جميع الثمن عنه
 ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيبطل هذا البيع بينهما لمكان الشرط
 وإن نقد عنه الرجل رجع عليه بما نقد عنه لأنه قضى دينه بأمره ولا شيء له في العبد لأن
 الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا . قال (رجل اشترى نصف
 عبد بمائة درهم واشترى رجل آخر نصف ذلك العبد الباقي بمائتي درهم ثم باعاه مساومة
 بثمائة درهم أو بمائتي درهم فالثمن بينهما نصفين ولو باعاه مرابحة بربح مائة درهم أو قال
 بال عشرة أحد عشر كان الثمن بينهما أثلاثا) وكذلك لو ولياه رجلا برأس المال أو باعاه بوضعية
 كذا فالثمن بينهما أثلاثا لأن الثمن في بيع المساومة بمقابلة الملك حتى يعتبر الملك هو في المحل
 دون الثمن الأول حتى لو كان موهوبا أو كان مشتري بعرض لا مثل له يجوز بيعه مساومة
 فعرفنا أن الثمن بمقابلة الملك وهما يستويان في ملك العبد فيستويان في ثمنه . وأما بيع المرابحة
 والتولية والوضعية باعتبار الثمن الأول ألا ترى أنه لا تستقيم هذه البيوع في الموهوب
 والموروث وفي المشتري بعرض لا مثل له والثمن الأول كان أثلاثا بينهما فكذلك الثاني . يوضح
 الفرق أن في بيع المرابحة لو اعتبرنا الملك في قيمة الثمن دون الثمن الأول كان البيع مرابحة في
 حق أحدهما وضعية في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبيهما فلا بد من اعتبار
 الثمن الأول كذلك بخلاف بيع المساومة . قال (وإذا اشترك الرجلان شركة عنان في تجارة
 علي أن يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى أحدهما شيئا من غير تلك التجارة فهو له
 خاصة لأن كل واحد منهما يحكم الشركة يصير وكيل صاحبه والوكالة تقبل التخصيص فإذا
 خصا نوعا كان كل واحد منهما في شراء ما سوى ذلك كالاجنبي عن صاحبه فيكون مشتريا
 لنفسه خاصة فأما في ذلك النوع فيبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ علي
 صاحبه لأنهما صرحا بذلك وهكذا لو لم يصرحا فان بمطلق التوكيل يملك الوكيل البيع والشراء
 بالنقد والنسيئة على الموكل فكذلك بمطلق الشركة إلا أنه إذا اشترى أحدهما بالنسيئة

بالنقود أو المكيل أو الموزون فإن كان في يده من مال الشركة من ذلك الجنس جاز شراؤه
 على الشركة وإن لم يكن كان مشتريا لنفسه لأنه لو نفذ شراؤه على الشركة كان مستدينا على
 المالك وليس للشريك شركة عنان ولا للمضارب ولاية الاستدانة بمطلق العقد لمعين وهو
 أنه لو صح استدانتها زاد مال الشركة والمضاربة وما رضى كل واحد من الشريكين
 بتصرف صاحبه إلا في مقدار ما جملاه رأس المال فهذا كان شراؤه بالنسيئة في هذه الحالة
 على نفسه خاصة . قال (وإن كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالنسيئة بالدنانير عندنا
 يصير مشتريا على الشركة استحسانا) وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يصير مشتريا لنفسه
 بناء على أصل معروف وهو أن الدراهم والدنانير في القياس جنسان وفي الاستحسان جنس
 واحد في ضم أحدهما إلى الآخر وفي تكميل النصاب وغيره . ثم قد بينا أن عند زفر رحمه الله
 في حكم الشركة هما جنسان حتى لا تصح الشركة إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال
 الآخر دنانير فكذلك في حكم الشراء بالنسيئة وعندنا هما جنس واحد في صحة الشركة
 بهما فكذلك في الشراء بالنسيئة على شريكه . قال (فإن أقر أحدهما بدين في تجارتها وأنكره
 الآخر لزم المقر جميع الدين إن كان هو الذي وليه) لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد وكلا كان
 أو مباشرا لنفسه وإن أقر أنهما ولياه لزمه نصفه لأنه في النصف مقر على نفسه وفي النصف
 على صاحبه وب عقد الشركة لا يثبت له ولاية الزام الدين في ذمة صاحبه بأقراره فبطل إقراره .
 وإن أقر أن صاحبه وليه لم يلزمه منه شيء لأنه أقر على غيره ولا ولاية له في الزام الدين على
 غيره بأقراره وهذا بخلاف شركة المفاوضة فإنها تتضمن الكفالة والوكالة جميعا فيكون كل
 واحد منهما كفيلا عن صاحبه بما يلزمه فإذا أقر أحدهما كان كل واحد منهما مطالبا بجميع
 ذلك المال بحكم الكفالة . فأما شركة العنان تتضمن الوكالة دون الكفالة وبحكم الوكالة لا
 يصير كل واحد منهما مطالبا بما على صاحبه . قال (فإن كان لشريكي العنان علي رجل دين
 فأخره أحدهما لم يحز على صاحبه) بخلاف شريكي المفاوضة لأن المتفاوضين فيما هو من صنيع
 التجار كشخص واحد والتأجيل من صنيع التجار فباشرة أحدهما فيه كباشرتهم وبشركة
 العنان ما صارا كشخص واحد ولأن في شركة المفاوضة لكل واحد منهما حق المطالبة بما
 وجب لصاحبه بمباشرة فكان له أن يؤجل فيه وليس لشريك العنان حق المطالبة بما وجب
 بمباشرة صاحبه فلا يكون له أن يؤجل في نصيب صاحبه وفي نصيب نفسه اختلاف بين

أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهم الله في صحة التأجيل موضع بيانه في كتاب الصلح . قال (وان اشترى أحدهما شيئاً من تجارتهما فوجد به عيباً لم يكن للآخر أن يردّه) لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وذلك يتعلق بالعقد ولأن الآخر في النصف أجنبي وفي النصف موكل وليس للموكل أن يخاصم في العيب مع البائع فيما اشتراه وكيله وكذلك لو أخذ أحدهما مالا مضاربة فربح فيه كان الربح له خاصة لأن مال المضاربة ليس من شركتهما في شيء فعمله فيه يكون لنفسه خاصة دون شريكه واستحقاق المضارب الربح بعمله * وكل وضعية لحقت أحدهما من غير شركتهما فهي عليه خاصة لأن فيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه بمنزلة الأجنبي . وعلى هذا لو شهد أحدهما لصاحبه بشهادة من غير شركتهما فهو جائز لأنه عدل لا تهمة في شهادته بخلاف ما هو من شركتهما فإنه متهم في شهادته لماله من النصيب في المشهود به . وقال أبو حنيفة لشريك العنان أن يضع وأن يدفع المال مضاربة وان لم يأذن له شريكه في ذلك ويجوز له أن يعمل في المال الذي ليس من شركتهما كل شيء يجوز للمضارب أن يعمل به وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى * وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) ان لا أحد الشريكين أن يوكل بالتصرف وهو استحسان وفي القياس ليس له ذلك لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وليس للوكيل أن يوكل غيره وان الموكل انما رضى برأيه ولم يرض برأى غيره . وفي الاستحسان التوكيل من عادة التجار وكل واحد منهما لا يجد بدا منه لأن الربح لا يحصل الا بالتجارة الحاضرة والغائبة وكل واحد منهما عاجز عن مباشرة النوعين لنفسه ولا يجد بدا من أن يوكل غيره بأحد النوعين ليحصل مقصودهما وهو الربح فيصير كل واحد منهما كالآذن لصاحبه في ذلك دلالة ولأن الوكالة التي تتضمنها الشركة بمنزلة الوكالة العامة ولهذا صحت من غير بيان جنس المشتري وصفته وفي الوكالة العامة للوكيل أن يوكل غيره فإنه لو قال لو كيلة عمل برأيك كان له أن يوكل غيره (وكذلك) لا أحد الشريكين ان يضع لأن ذلك من عادة التجار ولأنه لو استأجر من يتصرف في مال الشركة لجاز ذلك منه على شريكه فاذا وجد من يتصرف بغير أجر كان له أن يضعه بطريق الأولى (وكذلك) له أن يودع من مال الشركة لأن له أن يستأجر من يحفظ مال الشركة فلا أن يكون له أن يودع ليحفظ المودع بغير أجر أولى * وله أن يدفع من مال الشركة مضاربة لأن له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في الذمة

فلأن يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل من عمله من غير أن يكون ذلك مضمونا في الذمة أولى لأن هذا أنفع لهما (وروى) الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه ليس له أن يدفع المال مضاربة لأنه إيجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة وما ذكره في الكتاب أصح . ووجه الفرق بين الشركة والمضاربة ان ما يستفاد بعقد فهو من توابع ذلك العقد وإنما يتبع الشيء ما هو دونه لا ما هو مثله أو فوقه والمضاربة دون الشركة . ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لأنه دونه فأما الاشتراك مع الغير مثل الاول فلا يمكن ان يجعل من توابعه مستفادا به فهو نظير ما يقول ان للمضارب ان يوكل لان الوكالة دون المضاربة وليس له أن يدفع المال مضاربة لان الثاني مثل الاول فلا يكون مستفادا به ولهذا لم يكن للوكيل أن يوكل بمطلق التوكيل لان الثاني مثل الاول ولكن هذا كله في حق الغير فأما في حق نفسه فيجوز أن يوجب لغيره مثل ماله ولهذا كان للمكاتب أن يكاتب وللمأذون أن يأذن لعبده لأنه متصرف لنفسه بفك الحجر عنه والله سبحانه وتعالى أعلم

باب شركة المفاوضة

(روى) عن أبي سيرين رحمه الله تعالى قال لا تجوز شركة بعروض ولا بمال غائب وفي هذا دليل على انه لا بد من احضار رأس المال ولكن ان وجد الاحضار عند الشراء بها فهو والاحضار عند العقد سواء حتى اذا دفع الى رجل ألف درهم على أن يشتري بها وبألف من ماله وعقدا عقد الشركة بينهما بهذه الصفة فأحضر الرجل المال عند الشراء جازت الشركة لان المقصود هو التصرف لانفس الشركة فاذا وجد احضار المال عند المقصود كان ذلك بمنزلة الاحضار عند العقد (وعن) الشعبي رحمه الله قال الربح على ما اصطلاحا عليه والوضعية على المال فكذلك في الشركة وهو مروي وعن علي رضي الله تعالى عنه وبه نأخذ . وتعتبر الشركة بالمضاربة فكما ان الربح في المضاربة على الشرط والوضعية على المال فكذلك في الشركة (وعن) علي رضي الله تعالى عنه قال ليس على من قاسم الربح ضمان

وتفسير هذا أن الوضعية علي المال في المضاربة والشركة لان الوضعية هلاك جزء من المال والمضارب والشريك أمين فيما في يده من المال وهلاك المال في يد الأمين كهلاكه في يد صاحبه * قال (واذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة فكتبنا بينهما كتابا بينا فيه انهما اشتركا فيه في كل قليل أو كثير شركة مفاوضة وان رأس مالهما كذا وكذا بينهما نصفين يعمل كل واحد منهما برأيه فاذا اشتركا علي هذا فهما متفاضلان) وهذا لما بينا ان اعتبار المساواة ركن المفاوضة فلا بد من أن تذكر التسوية بينهما في رأس المال والربح وان الشركة بينهما في كل قليل أو كثير لانه اذا اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة لا يكون العقد بينهما مفاوضة لانعدام المساواة ولكن ان اختص أحدهما بملك عرض أو دين علي انسان فالشركة بينهما مفاوضة لان العرض لا يصلح أن يكون رأس مال الشركة والدين كذلك وهو نظير الاختصاص بالزوجة أو الولد وذلك لانعدام المساواة المتبعة في المفاوضة ونص في الكتاب علي لفظة المفاوضة . وقد بينا ان هذا لا بد منه وان كانا لا يعرفان جميع أحكام المفاوضة وبعد ما صارا متفاضلين فما اشترى أحدهما فهو جائز عليه وعلي صاحبه يؤخذ به كله لان المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة فبحكم الوكالة يجعل شراء أحدهما كشرائهما وبحكم الكفالة يجعل كل واحد منهما مطالبا بما يجب علي صاحبه بسبب التجارة . قال (وان كان رأس مال كل واحد منهما ألف درهم فاشتركا ولم يخلط المال فالشركة جائزة) وفي النوادر قال في القياس لا تكون الشركة مفاوضة بينهما قبل خلط المالين لان كل واحد منهما مختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك ينفي المفاوضة وفي الاستحسان يجوز لان المساواة موجودة بينهما وان لم يخلط المال واختصاص أحدهما بملك مال غير صاف للمفاوضة بعينه بل بانعدام المساواة فاذا كانت المساواة موجودة كان الخلط وعدم الخلط سواء فان هلك أحد المالين يهلك من مال صاحبه علي ما بينا في شركة العنان وتبطل الشركة بينهما * وان اشترى بأحد المالين في القياس تبطل المفاوضة أيضا لان المشتري صار بينهما نصفين والآخر مختص بملك رأس ماله فتعدم المساواة وفي الاستحسان لا يبطل العقد . وللاستحسان وجهان (أحدهما) ان المساواة قائمة معني لان الآخر وان ملك نصف المشتري فقد صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ماله مستحق به لصاحبه (والثاني) أن ما لا يمكن التحرز عنه يجعل عفوا ولا يمكن

التحرز عن هذا التفاوت عادة فقلما يجدان شيئاً واحداً يشتريانه بآلهما . ولا بد من أن
 يكون الشراء بأحد المالين قبل الآخر فيجعل هذا عفواً لعدم إمكان التحرز عنه * قال
 (فان كانت دراهم أحدهما بيضا ودراهم الآخر سودا فهو كذلك) لان السود والبيض
 كل واحد منهما يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وتفاوت الوصف ينعدم
 الاختلاط وقد بينا ان الخلط ليس بشرط الا أن يكون لأحدهما على الآخر فضل في
 الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لانعدام التساوي بينهما الا في رواية عن أبي يوسف
 رحمه الله وقد بينا هذا ثم تكون الشركة بينهما عنانا لان تحصيل مقصود المتعاقدين
 بقدر الأمكان واجب والعنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً وهذا عنان عام وان لقباه
 بالمفاوضة فهو لقب فاسد لانعدام شرط المفاوضة ولكن لا يبطل به أصل الشركة فان كان
 شراء يوم وقعت الشركة ثم صار في أحدهما فضل قبل أن يشتريا شيئاً فسدت المفاوضة أيضاً
 لانه اعترض بعد العقد قبل حصول المقصود به ما يمنع ابتداء العقد وهو التفاوت في ملك المال
 فيكون مبطلاً للعقد كما لو ورث أحدهما مالا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة تفسد
 به المفاوضة وان كان ذلك بعد الشراء بالمالين جميعاً فالشركة جائزة لان المقصود قد حصل
 حين اشتريا بالمالين فلا معتبر بما يظهر من التفاوت في العرف بعد ذلك * (فان قيل) أليس
 أنه لو ورث أحدهما مالا بعد الشراء بالمالين أو وهب له مالا فسدت المفاوضة * قلنا * لان
 المساواة في ملك المال منعدم هناك بما اختص به أحدهما وهنا لا ينعدم لان ملكهما تحول
 من الدراهم الى المشتري والمشتري بينهما نصفان * (فان قيل) لا كذلك بل لكل واحد
 منهما علي صاحبه نصف رأس ماله دينا عليه حتى لو هلك المشتري يرجع كل واحد منهما على
 صاحبه بنصف رأس ماله فينعدم المساواة أيضاً بظهور الفصل في النصف * قلنا * نعم ولكن
 ما استوجبه كل واحد بينهما علي صاحبه دين عليه والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في
 الشركة فالتفاوت بينهما في ذلك لا يمنع بقاء المفاوضة كما لو ورث أحدهما دينا أو عرضاً
 وكذلك لو كان رأس مال أحدهما ألف درهم ورأس مال الآخر مائة دينار فان كانت قيمتهما
 مثل الالف فالشركة بينهما مفاوضة وهذا في التفرع كالسود والبيض وان كانت قيمة
 الدنانير أكثر من ألف درهم لم تجز المفاوضة لانعدام المساواة وكانت الشركة بينهما عنانا
 حتى لا يطالب كل واحد منهما بما يجب علي صاحبه لان ذلك من حكم من الكفالة الثابتة

بالمفاوضة . قال (واذا اقتسما ضرب كل واحد منهما برأس ماله أو بقيمته يوم يقتسمون) لما بينا ان المعبر قيمة رأس المال وقت القسمة لاظهار الربح فانه لما لم يصل الى كل واحد منهما جميع رأس ماله لا يظهر الربح ليقسماه بينهما * قال (ولو قال أحدهما لصاحبه بعتك نصف مالى هذا بنصف مالك هذا فرضى بذلك وتقابضا كانا شريكين فيهما بمنزلة المال المختلط) لان العقد الذى جرى بينهما عقد صرف وقد تم بالتقابض فصار كل واحد من المالين مشتركا بينهما نصفين فان كان رأس مال أحدهما دراهم ورأس مال الآخر عروضاً فباعه نصف العروض بنصف الدارهم وتقابضاً ثم اشتركا شركة مفوضية أو شركة عنان جاز ذلك لان الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم يثبت في الشركة حكم العروض وهو بينهما نصفان بيعاً * وقد يدخل في العقديع ما لا يجوز ايراد العقد عليه قصدا كالشرب والطريق في البيع والمنقولات في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً اذا وقف قرية بما فيها من الدواب والممالك وآلات الحراثة وان كان لا يثبت حكم الوقف في المنقولات قصدا فهذا مثله وقد بينا ان الشراء والحل بمنزلة العروض في انه لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة . قال (وان اشتركا شركة مفوضية بغير مال على أن يشتريا بوجوههما فهو جائز) كما بيناه في شركة العنان الا أن تكون المفوضية عامة ومثله في الوكالة لا يجوز فان من قال لغيره اشتريني وبينك لا يكون ذلك صحيحاً ما لم يعين المشتري أو يخص بذكر الوقت أو بتسمية الجنس في العروض والقدر في المكيل والموزون أو بتسميته الثمن وتقويض الامر الى رأيه على العموم وفي شركة الوجوه يجوز ذلك بدون التخصيص لانها تشتمل على البيع والشراء ومقصودهما الربح لا عين المشتري ومثله في الوكالة يجوز أيضاً لو قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشترينا من شئ فهو بيننا نصفان على أن يبيعه ويقسم ربحه نصفين وكان ذلك تفسيراً للشركة فأما في الوكالة الخاصة المقصود عين المشتري فلا بد من اعتبار معنى الخصوص فيه لتصحيح الوكالة . قال (وكذلك ان اشترك خياطان في الخياطة مفوضية أو خياط وقصار أو شبه ذلك من الاعمال المختلفة أو المتفقة حتى اذا تقبل أحدهما عملاً أخذ الآخر به وان كان عمله غير ذلك العمل) لان بشركة المفوضية صار كل واحد منهما وكيل صاحبه في تقبل العمل له وكفيلاً عن صاحبه فيما يجب عليه فكان كل واحد منهما مأخوذاً بما يقبله الآخر ولا يمتنع صحة التقبل باعتبار أن ذلك ليس من عمله لانه لا يتعين عليه

اقامة ما يقبل ببدنه ولكن له أن يقيمه بأعوانه واحزابه وهو يقدر له على ابقاء ما التزمه بهذا الطريق فلذا كان مطالباً بحكم الكفالة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب بضاعة المفاوض

قال (ولا أحد المتفاوضين أن يبيع بضاعة مع رجل وأن يدفع مضاربة وان يودع) وقد بينا ان شريك العنان يملك هذا فالمفاوض أولي لانه أعم تصرفاً منه . قال (وليس له أن يقرض لان الاقراض تبرع) وكل واحد من المتفاوضين انما قام مقام صاحبه في التجارة في مال الشركة دون التبرع ألا ترى انه لا يملك الهبة ولا الصدقة في نصيب صاحبه فلا اقراض في كونه تبرعاً كالصدقة أو فوقه قال صلى الله عليه وسلم الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر . وقيل انما جعل الثواب في القرض أكثر لان ملتزم القرض لا يأتيك الا محتاجاً والسائل للصدقة قد يكون محتاجاً وقد يكون غير محتاج (وذكر) الحسن ان على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لاحد المتفاوضين أن يقرض مال المفاوضة من رجل ويأخذ منه ما نتحققه به وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى ليس له ذلك وجعل هذا بمنزلة الكفالة من حيث انه متبرع في الاداء ولكن يرجع بمثله كما ان الكفيل متبرع في الالتزام ولكن يرجع بمثل ما يؤدي . ثم من أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال يلزم شريكه ويجعل معنى المفاوضة في ذلك راجعاً لذلك الاقرار وعندهما كفالة أحد المتفاوضين لا يلزم شريكه وجعل معنى التبرع فيه راجعاً لذلك في الاقرار . قال (فان أقرض أحدهما فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه) لانه متعدد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة ولكن لا يفسد ذلك المفاوضة لان المضمون له انما اختص بملك دين وذلك غير مفسد للمفاوضة ما لم يقبضه ولان المقرض مستوجب مثل ذلك عن المستقرض فكانت المساواة بينهما قائمة . قال (وليس له أن يعير دابة بغير رأيه من شركتهما في القياس) لان الاعارة تبرع بالمنفعة بغير بدل فهو كالشركة بالعين بغير بدل كالهبة وذلك خلاف ما تقتضيه المفاوضة . قال (فاذا فعل فعطبت الدابة تحت المستعير كان المعير ضامناً نصف قيمة الدابة لشريكه في القياس) لانه متعدد في نصيبه بالتسليم الى المستعير ولكن استحسن فقال له أن يعير ولا ضمان عليه لان الاعارة من توابع التجارة فان التاجر لا يجد بدا منه

لانه اذا اتاه من يعامله فلا بد أن يعيره ثوبا ليلبس أو وسادة يجلس عليها ولا يجد بدا من اعارة الميزان وصنجاته من بعض الجيران فان من لا يعير لا يعار عند حاجته وكل واحد منهما مالك للتجارة في هذا المال فيملك ما هو من توابع التجارة ألا ترى ان المأذون يعير والمفاوض أعم تصرفا من المأذون حتى ان المفاوض يكتب والمأذون لا يكتب . وعلل في بعض النوادر فقال التاجر في المال وان لم يكن مالكا لشيء منه فله أن يعير وانما أراد به المأذون فالتاجر الذي يملك النصف يكون شريكا في الربح لان تملك الاعارة أولى . قال (ولو أبضع أحدهما بضاعة مع رجل لم يفرق المتفاوضان ثم اشترى المستبضع بالبضاعة شيئا وهو لا يعلم توفرهما فشراؤه جائز على الآمر وعلى شريكه) لان الابضاع توكيل ومباشرة أحدهما فيه حال قيام المفاوضات كمباشرتها ثم اقتراقهما عزل منهما اياه عن التصرف قصدا وحكم العزل لا يثبت قصدا في حق الوكيل ما لم يعلم به فلهذا نفذ شراؤه عليهما ولو كان أمره بالشراء ولم يدفع اليه مالا كان ما اشترى للآمر خاصة لان عمل أحدهما فيما هو من شركتهما كعملهما . واذا دفع اليه مالا من شركتهما وأمره أن يشتري بها فاعلم وجد عمل أحدهما فيما هو من شركتهما فاذا لم يكن دفع اليه مالا فاعلم عمل أحدهما بالتوكيل والابانة فيما ليس من شركتهما الا ان المفاوضات اذا بقيت بينهما حتى اشترى الوكيل جعل شراؤه كشراء الموكل وكان المشتري بينهما نصفين بهذا الطريق وذلك لا يوجد اذا اقترقا قبل شراء الوكيل لان عند شراء الوكيل لو اشتراه الموكل كان مشتريا لنفسه وكذلك الوكيل يكون مشتريا للآمر خاصة . يوضحه ان دفع الضرر عن الوكيل واجب واذا كان المال مدفوعا اليه لو جعلناه مشتريا للآمر خاصة كان ضامنا للآخر نصيبه من المال فلدفع هذا الضرر جعلائه مشتريا بينهما اذا لم يعرف اقتراقهما وذلك غير موجود فيما اذا لم يكن المال مدفوعا اليه لانه لا يضمن للشريك شيئا وان صار مشتريا للآمر ولكن يجب الشراء بالثمن في ذمته ويرجع به على الآمر وقد رضى بذلك حين قبل الوكالة . قال (الآمر انما لو مات الذي لم يبضع ثم اشترى المستبضع المتاع لزم الحى خاصة) الا أن في فضل الموت اذا كانت المال مدفوعا الى المستبضع فورثه الميت بالخيار ان شاؤا وضمنوا المستبضع وان شاؤا ضمنوا الآمر وهذا لان الموت يوجب عزل الوكيل حكما بطريق انه ينتقل الملك الى الورثة ولم يوجد من واحد منهم الرضا بتصرف الوكيل والعزل الحكمي يثبت في حق الوكيل وان لم يعلم به بخلاف اقتراقهما

فان ذلك من الذي لم يوضع عزل الوكيل في نصيبه قصدا فلا يثبت حكمه في حقه ما لم يعلم به * وان كان للورثة حق تضمين المستبضع لانه جان في نصيبهم من المال بالدفع الى البائع من غير رضاهم ثم فلم أن يضمّنوه ان شاؤا وان شاؤا الأمر لان دفعه كان باذن الأمر فيكون كدفع الأمر بنفسه فان ضمّنوا المستبضع رجع به على الأمر لانه غرم لحقه في عمل باشره له بأمره ولان جميع المتاع صار للأمر فيكون عليه جميع الثمن وقد تقد نصف الثمن من ماله ونصفه من مال غيره وقد استحق يرجع عليه بمثله . قال (واذا وكل أحد المتفاوضين رجلا بشراء جارية بعينها أو بغير عينها بثن مسمى ثم ان الآخر نهاه عن ذلك فنهيه جائز) لان عزل الوكيل من صنيع التجارة كالتوكيل فكما جعل فعل أحدهما في التوكيل كفعلها فكذلك يجعل نهى أحدهما إياه كنهيهما وان اشتراه الوكيل فهو مشتر لنفسه فان الوكالة قد بطلت بعزل أحدهما إياه فان لم ينهه حتى اشتراها كان مشتريا لهما جميعا فيرجع بالثن على أيهما شاء لان كل واحد يطالب بما وجب على صاحبه بحكم الكفالة وقد كان توكيل أحدهما كتوكيلهما جميعا فيستوجب الوكيل الرجوع عليها بالثن فله أن يأخذ أيهما شاء بجميعه لانه في النصف أصيل وفي النصف كفيل عن صاحبه * وكذا ان اشترى أحدهما شيئا وقبضه كان للبائع أن يأخذ شريكه بالثن لانه كفيل عن المشتري بما يلزمه بطريق التجارة * وان كان بالمتاع عيب كان للشريك ان يردّه على البائع بعينه لان الرد بالعيب من حقوق التجارة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب بالتجارة له وعليه وكذلك ان باع أحدهما متاعا فوجد المشتري به عيبا كان له أن يردّه على الذي لم يبع لانه قائم مقام صاحبه فيما يلزمه بالتجارة والخصومة في العيب انما لزمته بالتجارة فكان الآخر قائما مقام البائع في ذلك فرد عليه . قال (أرأيت لو كانا قصارين متفاوضين فأسلم رجل الى أحدهما ثوبا أما كان له أن يأخذ الآخر بعمله ذلك له ذلك) والآخر أن يأخذه بالاجر اذا فرغ من العمل فحكم الرد بالعيب كذلك . قال (واذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة له وشريك له شركة عنان فأبضع ألف درهم بينهما نصفين مع رجل يشتري له بها متاعا فرضى الشريك فمات الدافع ثم اشترى المستبضع بذلك متاعا فالمتاع للمشتري أولا) يقول فيما ذكرنا بيان ان لاحد المتفاوضين ان يشارك مع رجل شركة عنان وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله ليس له ذلك لانه يجاب الى الشركة للغير في المال المشترك ولهذا لم يكن لشريك العنان ان يشارك

غيره فكذلك في المفاوض . وجه ظاهر الرواية ان العنان دون المفاوضة فيمكن أن يجعل من
توابع المفاوضة مستفاداً بها كالمضاربة وشركة العنان . قال (وان شارك أحد المتفاوضين رجلاً
شركة مفاوضة لم يحز ذلك علي شريكه) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى لان الثاني مثل
الاول فلا يكون من توابع الاول مستفاداً به كما انه ليس لشريك العنان أن يشارك غيره
فكذلك وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يجوز ذلك منه لان المتفاوضين كل واحد منهما قائم
مقام صاحبه فيما هو من صنيع التجار فيكون كل واحد منهما كفعليهما اذا عرفنا هذا فنقول
المستبضع وكيل للدافع فيعزل بموت الدافع علم به أو لم يعلم لان هذا عزل من طريق الحكم
فاذا اشترى المتاع بعد ذلك كان مشترياً لنفسه فاذا نقد الثمن بالمال المدفوع اليه فقد قضى بمال
الغير ديناً عليه فيكون ضامناً مثل ذلك المال لصاحب المال ونصف هذا المال لشريك العنان
فيضمن له ذلك والنصف الآخر للمفاوض الحى ولو رثته الميت فيضمن لهما ذلك وانما قلنا انه
ينعزل بموت الدافع أما في حقه لا يشكل وفي حق الشريكين الآخرين لان الشركة قد انقطعت
من الدافع وبين كل واحد منهما بموته واعتبار أمره في حقهما كان بعقد الشركة فلا يبقى
بعد انتقاضها ولو كان الدافع حياً ومات شريك العنان ثم اشترى المستبضع المتاع كان المتاع
كله للمتفاوضين لان شركة الدافع مع شريك العنان قد انتقضت بموته وانقطعت الوكالة
التي كانت بينهما فلا يثبت له الملك في المتاع بشراء الوكيل لان شراء الوكيل كشراء الموكل
بنفسه والدافع لو اشترى المتاع بنفسه كان المتاع كله للمتفاوضين فكذلك وكيله ويرجع
ورثة الميت بحصته من المال ان شاؤا علي المستبضع لانه دفع ماصار ميراثاً لهم الى
البائع بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على أى المتفاوضين شاؤا لان كل واحد
منهما ضامن عن صاحبه ما يلزمه بحكم قيام المفاوضة بينهما وقد صار الدافع ضامناً
لذلك لان اداء وكيله بأمره كادائه بنفسه فان لم يمت هذا ولكن المتفاوض الآخر مات
ثم اشترى المستبضع المتاع فنصف المتاع لشريك العنان لقيام الشركة بين الدافع وبين شريك
العنان ولان شراء وكيله كشراءه بنفسه ونصف المتاع للأمر لا شيء له منه لورثة الميت لان المفاوضة
قد انتقضت بين الدافع وبين الميت * ولو اشترى بنفسه في هذه الحالة لم يكن شيء من المشتري
لورثة الميت فكذلك اذا اشترى وكيله * ولورثة الميت الخيار ان شاؤا ضمنوا نصيبهم من المال
المفاوض الحى لان اداء وكيله كادائه بنفسه وان شاؤا ضمنوه المستبضع لانه دفع مالهم الى البائع

بغير رضاهم ثم يرجع المستبضع به على الأمر لأنه عامل له فيما أدى بأمره فيرجع عليه بما يلحق من العمد ولا يرجع بها على شريكه الآخر لأن الشركة بينهما عنان فلا يكون كل واحد منهما مطالباً بما يجب على الآخر. (قال وإن أخذ أحد المتفاوضين من رجل ما لا على بيع فاسد فاشترى به وباع كان البيع لهما والضمان عليهما) لأن ما حصل إنما يحصل بطريق التجارة وما وجب بطريق التجارة وهذا لأن الفاسد من البيع معتبر بالجائز في الأحكام وفعل كل واحد منهما في التجارة كفعلهما فيما يجب به عليهما وفيما يحصل به لهما. (قال وإذا أمر أحد المتفاوضين رجلين بأن يشتريا عبداً لهما وسمى جنسه وثنه فاشترياه وافترقا عن الشركة فقال الأمر اشترياه بعد التفريق فهو لي خاصة وقال الآخر اشترياه قبل الفرقة فهو بيننا فالقول قول الأمر مع يمينه) لأن الشراء حادث في حال حدوثه إلى أقرب الأوقات ومن ادعى فيه تاريخاً سابقاً فعليه إثباته بالبينّة وإن لم يكن له بينة فالقول قول من يحدد التاريخ مع يمينه ولأن سبب الملك في المشتري أظهر للأمر فإن فعل وكيله كفعله بنفسه والآخر يدعى استحقاق المشتري عليه وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه وعلى الآخر البينة فإن أقام البينة فالبينّة بينة الآخر لأن فيه أثبات التاريخ فاثبات الاستحقاق له والبيّنات للاثبات فتترجع بزيادة الإثبات ولا تقبل فيه شهادة الوكيلين لأنهما خصمان في ذلك يشهدان على فعل أنفسهما فإن قال الشريكان لا ندري متى اشترياه فهو للأمر أيضاً لأنه إنما يحال بالشراء على أقرب الأوقات لما يعلم فيه تاريخ سابق. وإذا قال الأمر اشترياه قبل الفرقة وقال الآخر اشترياه بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يأمر لأنكاره التاريخ وإنكاره وقوع الملك له ووجوب شيء من الثمن عليه والبينّة بينة الأمر وكذلك هذا في شركة العنان بعد الفرقة

باب خصومة المتفاوضين فيما بينهما

قال (وإذا ادعى رجل على رجل أنه شاركه شركة مفوضة وجحد المدعى عليه والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعى البينة) لأنه يدعى العقد واستحقاق نصف ما في يده وذو اليد منكر فعلى المدعى البينة وعلى المنكر اليمين. وإن أقام المدعى البينة فشهد الشهود أنه مفوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أوقالوا هو بينهما نصفين فإنه يقضي للمدعى بنصفه لأن الثابت بالبينة كالثبات باقرار الخصم. ولأنهما إن قالوا المال الذي في

يده بينهما نصفان أو هو من شركتهما فقد صرحا بالشهادة للمدعى بملك نصف ما في يد ذي اليد
وان قال هو مفاوضة فمقتضى المفاوضة هذا وهو أن يكونا مستويين في ملك المال
شريكين فيه فإذا قضى القاضى بذلك ثم ادعى ذو اليد عينا مما في يده انه ميراث له وأقام
البينة على ذلك لم تقبل بينته في قول أبى يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله ان كان
شهود المدعى شهدوا بأنه مفاوضة فينة ذى اليد مقبولة وان شهدوا ان المال الذى في يده
من شركتهما أو هو بينهما فلا تقبل بينة ذى اليد بعد ذلك * واحتج في ذلك فقال القاضى
يقضى بما شهد به الشهود فإذا شهدوا بمطلق المفاوضة قضى القاضى بذلك أيضاً ومطلق
المفاوضة لا ينفي احتمال كون بعض ما في يده ميراثا له . ألا ترى ان العقد لو كان ظاهرا
بينهما وورث أحدهما ما لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة كان ذلك له خاصة وتبقى
المفاوضة بينهما الا أنا إنما نجعل جميع ما في يده بينهما نصفين لاعتبار مقتضى المفاوضة وهذا
ظاهر نعتبه والظاهر يسقط اعتباره اذا قام الدليل بخلافه فإذا أقام البينة على عين انه ميراث
له فقد ظهر الدليل المانع من اعتبار الظاهر في هذا العين فيجب العمل بذلك الدليل بخلاف
ما اذا شهدوا بالشركة فيما في يده لان القاضى قضى بالشركة بدليل موجب لذلك فاقامة
البينة بعد ذلك على عين انه ميراث يتضمن ابطال حكم الحاكم وبينه المقتضى عليه على ابطال
القضاء لا تكون مقبولة والدليل على الفرق بين حالة الاطلاق والبيان ان شاهدين لو شهدا
بدار في يد رجل لا انسان وقضى القاضى بذلك ثم زعم المدعى ان البناء كان ملك المقتضى عليه
فانه لا يبطل قضاء القاضى بالأرض له ولو كان الشهود شهدوا له بالبناء والأرض مفسراً
ثم أقر المدعى ان البناء للمدعى عليه يكون ذلك إكذاباً منه لشهوده ويبطل به قضاء القاضى
له والفرق ما بينا ان البناء تبع فاستحقاقه في الفصل الاول باعتبار الظاهر الى استحقاقه
الاصل وعند التفسير والبيان استحقاقه البناء بالحجة فإذا كذب شهوده في ذلك بطلت
شهادتهم له . وجه قول أبى يوسف رحمه الله ان ذا اليد صار مقتضيا عليه بنصف ما في يده لصاحبه
وبينة المقتضى عليه في اثبات الملك لا تقبل الا أن يدعى تلقى الملك من جهة المقتضى له كما لو
كانت الشهادة مفسرة وهذا لان الأسباب غير مطلوبة لعيانها بل لأحكامها والمفاوضة
سبب وحكمها الشركة في المال . ألا ترى ان دعوى المفاوضة لا تصح بدون دعوى الشركة
في المال فكذلك الشهادة عليها إنما تقبل باعتبار الحكم ولا فرق بين أن يصرح الشاهد بالحكم

وبين أن يذكر السبب في أن القاضي يقضى بالحكم والسبب جميعا بالشهادة كما لو شهدوا
 بالشراء أو بالشراء والملك جميعا للمشتري ثم عند التفسير لم تقبل بينة ذى اليد يعتبرون به
 مقضيا عليه فكذلك عند الإبهام . قال (فإن ادعى ذو اليد عينا في يده أنه له خاصة وهبه
 شريكه منه حصته فيه وأقام البينة على الهبة والقبض قبل ذلك منه) ومحمد رحمه الله يستدل
 بهذا على أبي يوسف رحمه الله ولا حجة له فيه على أبي يوسف رحمه الله لأن هنا
 بينته مقبولة سواء فسر شهود المدعى بشهادتهم أو لم يفسروا ثم الفرق أنه ليس في قبول هذه
 البينة إبطال القضاء الأول في هذا العين بل فيها تقرير القضاء الأول لأن القضاء الأول بالملك
 للمدعى وإنما تصح الهبة باعتبار ملكه بخلاف الأول مع قبول البينة هناك إبطال القضاء
 الأول فيما تناوله القضاء قال ألا ترى أنهم لو شهدوا أن هذا العبد الذى في يده مشترك بينهما
 وقضى القاضي بذلك ثم أقام ذو اليد البينة أن المدعى وهبه له أو تصدق به عليه قبلت بينته .
 ولو أقام البينة أنه ورثه عن أبيه وهو يملكه أو أن رجلا آخر وهبه منه لم تقبل بينته على
 ذلك والفرق ما بينا فكذلك في المفاوضة وإن ادعى أنه شريكه شركة مفاوضة والمال في يد
 المدعى عليه فأقر له بالمفاوضة وقضى عليه باقراره ثم ادعى عبدا مما كان في يده أنه ميراث له
 أو وهبه من فلان فأقام البينة على ذلك قبل ذلك وقضى له بالعبد وهو دليل لمحمد رحمه الله
 أيضاً من الوجه الذى قلنا أن الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم . ولكن الفرق بينهما لابي
 يوسف رحمه الله من وجهين (أحدهما) أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع الميراث ولا منافاة
 بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة فوجب قبول بينته ألا ترى أنه لو لم يكن له بينة لم كان
 يستحلف خصمه وفي الأول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه
 ألا ترى أنه لو ادعى الميراث ولم يكن له بينة لم يكن له أن يستحلف خصمه فعرنا بهذا أنه
 منكر والمنكر لا يكون مدعياً فلهذا لم تقبل بينته (والثاني) أن الإقرار موجب الحق بنفسه
 بدون القضاء وإنما يقضى القاضي بالإقرار فقط ولهذا قلنا أن استحقاق الملك بالإقرار لا يظهر
 في حق الزوائد المنفصلة فأما البينة لا توجب الإبقاء القاضي وإنما يقضى القاضي بما هو
 المقصود وهو كون المال مشتركاً بينهما فلهذا لا تقبل بينة ذى اليد بعد ذلك . وكذلك
 لو كان المال في يدهما جميعاً وهما مقران بالمفاوضة فادعى أحدهما شيئاً من ذلك أنه له ميراث
 وأقام البينة قبلت بينته لأنه مدع أثبت دعواه بالحجة وإن لم يكن له بينة استحلف صاحبه

لانه منكرها لو أقر به يلزمه ولا اشكال في هذا الفصل انه لو ادعى تملك نصيب صاحبه عليه بالهبة وأقام البيينة على ذلك ان بينته تكون مقبولة (وان ادعى رجل قبل رجل شركا في عبد له خاصة وجحد ذو اليد وأقام المدعى البيينة ان العبد بينهما نصفان فانه يقضى له بنصفه) لانه نوردعواه بالحجة ولا تقبل من ذى اليد البيينة انه ادعى ميراثا فيه لانه مقضى عليه بالملك في نصفه ولا بيينة له الا أن يدعى تالى الملك من جهة المقضى له . قال (واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الباقي منهما فادعى ورثة الميت المتفاوضة وجحد ذلك الحى فأقاموا البيينة ان أباهم كان شريكه شركة مفاوضة لم يقض لهم بشئ مما في يد الحى) لانهم شهدوا بعقد قد علمنا ارتفاعه بان المفاوضة تنتقض بموت أحدهما ولانه لاحكم لما شهدوا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون ما في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا البيينة انه كان في يده في حياة الميت وانه من شركة ما بينهما حينئذ يقضى لهم بنصفه لانهم أثبتوا الاستحقاق بالحجة أما اذا شهدوا انه كان من شركتهما فقد شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه فيه بعدموته وان شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فاليد الثابتة له في حال قيام الشركة كاليد الثابتة بالمعينة أو باقرار الخصم وذلك موجب ملك الميت في نصفه وورثته في ذلك يخلفونه (فان أقام الحى البيينة انه ميراث له من قبل أبيه لم تقبل بينته) لان الشهود قد فسروا وقضى القاضي عليه بالنصف للورثة بشهادتهم قالوا وهذا اذا شهدوا انه من شركة ما بينهما فاما اذا شهدوا انه كان في يده في حياة الميت فينبغي أن تكون المسئلة على الخلاف كما في حال الحياة ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فأقام الحى البيينة على شركة المفاوضة وأقام الورثة البيينة ان أباهم مات وترك هذا ميراثا من غير شركة بينهما لم أقبل منهم البيينة على ذلك) لانهم جاحدون للشركة وانما يقيمون البيينة على النفي وقد أثبت المدعى الشركة فيما في أيديهم بالبيينة فيقضى له بنصفه وهذا لانهم حين زعموا ان أباهم مات وترك ميراثا فقد أقروا أنه كان في يد أبيهم حال قيام الشركة وهذا الفصل أيضاً حمله بعضهم على الخلاف والاصح في الفصلين انه قولهم جميعا لان بعد الموت قبلت البيينة للحكم لا للسبب فالسبب قد انتقض بالموت ولهذا يسوي بين ما اذا فسر الشهود انه من شركتهما أو لم يفسروا ذلك بخلاف حال الحياة (ولو قال ورثة الميت مات جدنا وترك ميراثا لا ينسأ وأقاموا البيينة على هذا لم تقبل) في قول أبي يوسف

رحمه الله وقبلت في قول محمد رحمه الله بمنزلة ما لو كان المفاوض حيا وأقام البينة على ذلك
 بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فان كان شهود الحى شهدوا على شئ بعينه انه
 من شركتهما لم تقبل بينة الورثة في ذلك كما لا تقبل البينة فيه من المورث لو كان حيا . قال
 (واذا افترق المتفاوضان ثم ادعى أحدهما ان صاحبه كان شريكه بالثلث وادعى صاحبه
 النصف وكلاهما مقر بالمفاوضة فجميع المال من العقار وغيره بينهما نصفان) لان موجب
 المفاوضة المساواة في ملك المال فاتفقهما على المفاوضة يكون اتفاقا على حكمها وهو ان
 المال بينهما نصفان ثم مدعى التفاوت يكون راجعا بعد الاقرار ومناقضا في كلامه ولان
 مطلق الاقرار بالعقد يتناول الصحيح من العقد ولا تصح المفاوضة الا بعد التساوى بينهما
 في المال الا ما كان من ثياب كسوة أو متاع بيت أو رزق العيال أو خادم يطؤها فاني
 أجعل ذلك لمن يكون في يديه ولا اجعله في الشركة استحسانا . وفي القياس يدخل
 هذا في الشركة لانه مال في يد أحدهما وهو حاصل بالتصرف وكل واحد منهما في
 التصرف قائم مقام صاحبه . ووجه الاستحسان ان هذه الاشياء مستثناة من عقد الشركة
 لعلمنا بوقوع الحاجة لكل واحد من المتفاوضين اليها مدة المفاوضة ولهذا لو عايناه
 اشترى ذلك جعلناه مشتريا لنفسه فاذا صار مستثنى لم يتناوله مطلق المفاوضة فينبى ظاهر
 الدعوى والانكار ويجعل القول قول ذى اليد لا نكاره وكذلك الخادم يطؤها لان فعله
 محمول على ما يحل شرعا ولا يحل له الاقدام على وطئها الا اذا كان مختصا بملكها . أرأيت لو
 كانت مدبرة أو أم ولد أما كان القول فيها قول ذى اليد وكذلك الامة ولذلك لو لم يفترقا
 ولكن مات أحدهما ثم اختلفوا في مقدار الشركة فهو على النصف لانا علمنا بوجود المال
 في يد أحدهما في حال قيام المفاوضة وتأثير موت أحدهما في نقض العقد فهو وافتراقهما
 سواء (ولو كانا حيين والمال في يد أحدهما وهو منكر للشركة وأقام الاخر البينة انه شريكه
 شركة مفاوضة له الثلثان وللذى في يده الثلث فهذه الشهادة في القياس لا تقبل) لان اقراره
 بالمفاوضة اقرار بالمناصفة في المال وذلك اكذاب منه لشهوده فيما شهدوا به من الثلث والثلثين
 والمدعى اذا اكذب شاهده تبطل شهادته له . وفي الاستحسان شهادتهم على أصل المفاوضة
 مقبولة والمال بينهما نصفان لانه لا حاجة بهم الى اتمام الشهادة الى ما ذكرنا من الثلث والثلثين
 فتلغى تلك الشهادة فتبقى شهادتهم على أصل المفاوضة ولان من الناس من يقول مع التفاوت

في المال تصح المفاوضة فلعل الشهود ممن يعتمدون ذلك ففسروا بناء على اعتقادهم ولكن
القاضي يبني ما ثبت عنده على اعتقاده لا على اعتقاد الشهود فتبين بهذا الفعل ضعف كلام
محمد رحمه الله في الفرق بين ما إذا فسر الشهود أو أبهموا فان تفسيرهم لما لم يعتبر في قبول
شهادتهم على المفاوضة فكذلك لا يعتبر تفسيرهم في المنع من قبول بينة أحدهما على متاع
في يده انه ميراث بل المبهم والمفسر في ذلك سواء وكذلك لو كان المدعى ميتا وأقام وارثه
البينة على مثل ذلك لانه خليفة مورثه قائم مقامه . قال (واذا افترف المتفاوضان فأقام أحدهما
البينة أن المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي كذا قد قضى بذلك عليه وقسموا المال وانه
قضى به بينهما نصفين وأقام الآخر البينة بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو من غيره فان
كان ذلك من قاض واحد وعلمنا التاريخ من القضائين أخذنا بالآخر وهو رجوع عن الاول)
لانه عالم بقضاء نفسه فانما يقضي ثانيا بخلاف ما قضى به أولا اذا تبين له الخطأ في القضاء الاول
فلهذا جعلنا الثاني نقضا للاول وهو كما لو تباينا بألف ثم تباينا بمائة دينار يحمل الثاني نقضا للاول
وان لم يعلم التاريخ بينهما أو كان القضاء من قاضيين لزم كل واحد منهما القضاء الذي لانه عليه
لان كل واحد منهما صحيح ظاهر وانه قضى بالحجة ممن له ولاية القضاء فلا يجوز ابطاله بالشك
اذ ليس أحدهما بالابطال أولى من الآخر (واذا كان من قاضيين وكل واحد منهما لا يملك
نقض قضاء الآخر ولا يقصد ذلك انما يقضى كل واحد منهما بما شهد عنده الشهود به ولا منافاة
بينهما) لجواز أن يكون في يد كل واحد منهما بعض مال الشركة فظن كل فريق ان ذلك جميع
مال الشركة فيحاسب كل واحد منهما صاحبه بما عليه ويترادان الفضل . قال (ولا يلزم المفاوض
ما على شريكه من مهر أو ارش جنائية) لان كل واحد منهما ملتزم لما وجب لطريق التجارة
والنكاح ليس بتجارة فالمهر الواجب به لا يكون واجبا بسبب التجارة ولانه بدل مما لا
يحتمل الشركة وكفالة كل واحد منهما عن صاحبه بدين هو بدل ما يحتمل الشركة حتى يكون
منفعة مباشرة بسبب الالتزام لهما وارش الجنائية واجب بطريق العدوان دون التجارة فهو
بدل ما لا يحتمل الشركة بينهما والدليل على الفرق ان اقرار المأذون بالمهر وارش الجنائية غير
صحيح في حق المولى بخلاف اقراره بديون التجارة . قال (ولا يشارك أحدهما صاحبه فيما يرث
من ميراث ولا جائزة يحيزها السلطان له أو هبة أو هدية) الا عند ابن أبي ليلى رحمه الله فانه يقول
مقتضي الشركة المساواة وقد بقيت الشركة بينهما فيثبت ما هو مقتضاها وهو بناء على مذهبه

ان في الابتداء لو كان رأس مالهما علي التفاوت يجوز الشركة ويصير رأس المال بينهما نصفين
فكذلك في الانتهاء ولكننا نقول لا بد للملك من سبب وسبب الارث القرابة وذلك غير
موجود في حق الشريك ولا يمكن جعل الوراث مملكا نصفه من شريكه بعقد الشركة لان
تمام سبب الملك له بعد موت المورث والتمليك لا يسبق سببه لان كل واحد منهما يحمل
كالوكيل عن صاحبه فيما يحتمله ويجوز الميراث يدخل في ملك الوراث بغير صنعه فلا يجوز
ان يكون نائبا عن شريكه فيه وكذلك الصدقة فان مع اضافة موجب العقد اليه لا يمكن
جعله نائبا عن شريكه . قال (ولا يفسد ذلك المفاوضة الا أن يكون دراهم أو دنانير وقد قبضه)
معناه لم يكن ديننا وهذا بناء على ما بيناه متى اختص أحدهما بملك مال يصلح أن يكون رأس
مال الشركة ينعدم به موجب المفاوضة فتبطل المفاوضة . قال (وكل ودیعة كانت عند أحدهما
فهی عندهما جميعاً) لانهما بعقد المفاوضة صار الشخص واحد فيما يلتزمه كل واحد منهما
بسبب هو من صنيع التجارة ويقول الوديعة من جملة ذلك فان مات المستودع قبل أن
يبين لزمهما جميعاً لان المودع اذا مات مجهلاً للوديعة يصير مملكا للوديعة فهذا ضمان
ما أوجب بتملك أحدهما ما يحتمل الشركة فيكون ملزماً لصاحبه (فان قيل) وجوب هذا الضمان
بعد الموت ولا مفاوضة بينهما بعد الموت (قلنا) لا كذلك ولكنه لما أشرف على الموت وقد عجز
عن البيان قد تحقق التجهيل وصار ذلك ديناً عليه قبل موته (فان قال الحی ضاعت في يد الميت
قبل موته لم يصدق لانه لا عقدين بينهما بعد موت أحدهما وانما يجعل قول أحدهما كقول صاحبه
بسبب العقد القائم بينهما ولان المودع بنفسه بعد ما صار ضامناً بالجحود ولو زعم انه كان هلك
في يده لم يصدق فكذلك قول شريكه في ذلك لان قول المرء مقبول فيما هو أمين فيه لنفي
الضمان عنه فأما في إسقاط الضمان الواجب عليه غير مقبول وان كان الحی هو المستودع
صدق لانه ما صار مملكا ولا ضامناً للوديعة مادام حياً بعد موت شريكه فانه قادر على
ما التزمه فلماذا كان قوله مقبولا (فان قيل) أليس ان كل واحد منهما فيما يلزمهما مقبول
الوديعة مثل صاحبه (قلنا) نعم ولكن التملك عند الموت باعتبار اليد لان الأيدي المجهولة
عند الموت تنقلب يد ملك والوديعة في يد المودع حقيقة لا في يد شريكه (وان قال اكلتها
قبل موت صاحبي لزمه الضمان خاصة ولم يصدق علي صاحبه) لان وجوب الضمان عليه
باقارده وعند الاقرار لا مفاوضة بينهما وهو في الانتهاء غير مصدق في حق صاحبه الا ان

يقيم اليينة انه أنفقها في حياة الميت والثابت باليينة كالثابت بالمعينة فيكون عليهما وهذا قول أبي
 حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي يوسف هو عليه خاصة . وأصل المسئلة اذا وجب على
 أحدهما ضمان بنصب أو استهلاك مال فعند أبي يوسف رحمه الله هذا نظير أرش الجناية لانه
 واجب بسبب ليس بتجارة ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة وهما قالا ضمان
 الغصب الاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به في الحال وهذا
 لانه وبدل مال محتمل للشركة وانما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا
 ملك المغصوب والمستهلك بال ضمان . قال (واذا أودع أحد المتفاوضين من مالهما وديعة عند
 رجل فادعى المستودع أنه قد ردها اليه أو الي صاحبه فالقول قوله مع يمينه) لانه مسلط على
 الرد على كل واحد منهما أمين فيه فانه كما يقوم أحدهما مقام صاحبه في الايداع فكذلك في
 الاسترداد فلهذا كان القول قول المودع مع يمينه فان جحد الذي ادعى عليه ذلك لم يضمن لقوله
 لشريكه شيئاً لان قول المودع مقبول في براءة نفسه عن الضمان لافي وصول المال الى من
 أخبر بدفعه اليه ألا ترى ان المودع لو كان وصيا فادعى المودع الرد عليه لا يفرم الوصي
 لليتيم شيئاً وكذلك لو أمره أن يقضى بالوديعة دينه فقال قد فعلت وقال صاحب الدين ما
 قضيت شيئاً فالقول قول المودع في براءته ودين الطالب علي المودع بحاله ولو كان يحلف الشريك
 الذي ادعى المودع الرد اليه بالله ما قبضته لان شريكه يدعى عليه ضمان نصيبه بجحوده القبض
 ولو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر حلفه عليه (وكذلك) لو مات أحدهما ثم ادعى المستودع انه
 كان دفعه الى الميت منهما لانه بقي آميناً بعد موته ألا ترى ان قوله في الرد مقبول في حق وورثة
 المودع فكذلك في حق شريكه ثم يستحلف الورثة على العلم لان المورث لو كان حياً وأنكر
 القبض استحلف لشريكه فكذلك بعد موته الا أنه اذا كان حياً فانما يستحلف على فعل
 نفسه والورثة يستحلفون على فعل المورث بالقبض فقد بينا ان الاستحلاف على فعل الغير
 يكون على العلم فان ادعى انه دفعه الى ورثة الميت فكذبوه وحلفوا انهم ما قبضوه فهو
 ضامن لنصف حصه الحي من ذلك لان في نصيب الميت كان له حق الدفع الي ورثته وقد
 أخبر بأداء الامانة في ذلك فأما نصيب الحي فليس له أن يدفعه الى ورثة الميت لانهم خلفاء
 الميت في حقه خاصة ولان المتفاوضة قد انقضت بالموت فهو في نصيب الحي مقر بوجوب
 الضمان له على نفسه يدفعه الى ورثة الميت ثم يكون ذلك النصف بين الحي وورثة الميت نصفين

لان المودع لم يصدق في وصول شيء من المال الى وريثة الميت وانما يصدق في براءته عن الضمان
 فيجعل ذلك النصف كالناوي والمال المشترك ما ينوي منه ينوي على الشركة وما يبقى يبقى على
 الشركة (ولو قال دفعت المال الى الذي اودعني بعد موت الذي يودعني وحلف على ذلك فهو
 بريء من الضمان) لانه يدعي اداء الأمانة في الكل فان للمودع حق الرد على من قبض منه
 مال كان أو غير مال فرده عليه بعد انتقاض المفاوضة بينهما كرده في حال قيام المفاوضة
 ولا يصدق على الزام الحي شيئا بعد ان يحلف ما قبضه فان كان المودع ميتا فقال المستودع
 قد دفعت المال اليكما جميعا الى الحي نصفه والى وريثة الميت نصفه وجحدوا ذلك فالقول قول
 المستودع مع يمينه وهو بريء لانه يخبر عن أداء الأمانة بإيصال نصيب كل واحد منهما اليه
 فان أقر أحد الفريقين بقبض النصف شركة الفريق الآخر فيه لان باقراره يثبت وصول
 النصف اليه وبدعوى المودع لم يثبت وصول النصف الآخر الى صاحبه فيما يثبت القبض
 فيه يكون مشتركا وما وراء ذلك يكون ناويا قال (وان كانا حين وقال المستودع قد دفعت
 المال اليهما فأقر أحدهما بذلك وجحد الآخر فالمستودع بريء ولا يمين عليه) لان تصديق
 أحدهما وإياد في حال قيام المفاوضة كتصديقهما ولو صدقاه لم يكن عليه يمين وان اقرقا ثم قال
 المستودع دفعته الى الذي اودعني فهو بريء لان حق الرد على المودع باعتبار ان الوصول
 الى يده كان من جهته لا بقيام المفاوضة بينهما وان قال دفعته الى الآخر وكذبه ذلك ضمن
 نصف ذلك المال للذي اودعه لان بعد الفرقة ليس له حق دفع نصيب المودع الى
 شريكه وله حق دفع نصيب الشريك اليه فكان هو في نصيب الشريك مخبرا بأداء الأمانة
 وفي نصيب المودع مقرا بالضمان على نفسه يدفعه الى غيره ثم ما قبضه المودع يكون بينهما
 نصفين لان المودع غير مصدق في وصول نصيب الشريك اليه لما كذبه فجعل ذلك كالناوي
 فكان ما بقي بينهما نصفين وان صدقه الشريك بذلك فالمودع بالخيار ان شاء ضمن شريكه
 نصيبه لانه قبضه ولا حق له فيه وان شاء ضمن المودع لانه دفع نصيبه الى شريكه بعد
 انتقاض المفاوضة بينهما والدافع بغير حق ضامن كالتبايض قال (وعارية المفاوض وأكل
 طامامه وقبول هديته في المطعم واجابة دعوته بغير أمر شريكه جائز لا بأس به) ولا ضمان
 على الداعي ولا على الآكل استحسانا وفي القياس ليس له ذلك لانه يتصرف في نصيب
 شريكه بخلاف ما أمره به فانه أمره بالتجارة والعارية والاهداء واتخاذ الدعوة ليس بتجارة

ولكنه استحسن فقال هذا من توابع التجارة وهما لا يجد التاجر منه بداً ألا ترى أن العبد المأذون يدعو المجاهدين الى طعامه ويهدي اليهم المطبوع ليجتمعوا عنده والمأذون غير مالك لشيء من المال انما هو تاجر والمفاوض تاجر مالك لنصف المال فلأن يملك ذلك كان أولى وذكر حديث سلمان الفارسي رضى الله عنه قال اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا عبد قبل ان أكتب فقبل ذلك مني وحديث الأخرس بن حكيم عن أبيه رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاب دعوة عبد وقال أبو سعيد مولي أبي أسيد رضى الله عنه قال عرست وأنا عبد فدعوت رهطاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم فيهم أبو ذر رضى الله عنه وعنهم فأجابوني قال (ولو كسا المفاوض رجلاً ثوباً أو وهب له دابة أو وهب له الفضة والذهب والامتنعة والحبوب كلها لم يجز في حصّة شريكه) لانه تبرع وانما استحسن ذلك في الفاكهة واللحم والخبز واشباه ذلك مما يؤكل لانه اهداء ذلك الى المجاهدين من صنيع التجار فأما في سائر الأموال الهبة ليس من صنيع التجار والارجع في معرفة الفرق بينهما الى العرف . قال (ولو اعار أحدهما دابة فركبها المستعير ثم اختلفا في الموضع الذي ركبها اليه وقد عطبت الدابة فانها صدقة في الاعارة الى ذلك الموضع وبريء المستعير من ضمانها) لأن اقرار أحدهما فيما هو مملوك لهما بحكم المفاوضة كاتقارارهما . قال (ولو استعار أحدهما دابة ليركبها الى مكان معلوم فركبها شريكه فعطبت فهما ضامنان) لان ركوب الدابة متفاوت فيه الناس وصاحبها انما رضى بركوب المستعير دون غيره فالأخر في ركوبها غاصب ضامن اذا هلك . وقد بينا أن ما يجب من الضمان على أحدهما بحكم النصب فالآخر مطالب به فان كان ركبها في حاجتهما فالضمان في مالهما لأن منفعة ركوبه ترجع اليهما فيما يجب من الضمان بسببه يكون في مالهما لان الغرم مقابل بالغنم * وان ركب في حاجة نفسه فهما ضامنان لما قلنا الا أنهما ان أذناه من مال الشريك رجوع الشريك على الراكب بنصيبه من ذلك لان منفعة الركوب حصلت للراكب فكان قرار الضمان عليه بمنزلة غصب اغتصبه أو طعام اشتراه فأكله وقد أدى الثمن من شركتهما فبقى الثمن ديناً عليه * قال (واذا استعار أحدهما دابة ليحمل عليها طعاماً له خاصة لرزقه الى مقام معلوم فحمل عليها شريكه مثل ذلك الى ذلك المكان من شركتهما أو خلاصتهما فلا ضمان عليه) من قبل أن التقيد الذي ليس بمنفد لا يكون معتبراً والضرر على

الدابة لا يختلف بحمل ما عين من الطعام أو مثله وفعل كل واحد منهما في الحمل كفعل صاحبه ثم المستعير لو حمل عليها طعاما من شركتهما أو لغيرهما لم يضمن فكذلك شريكه . ألا ترى أن رجلا لو استعار من رجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فبعث بالدابة مع وكيل له ليحمل عليها الطعام فحمل الوكيل طعاما لنفسه انه لا يضمنه فللمفاوضة أو جب من الوكالة . وكذلك أحد المتفاوضين اذا استعارها ليحمل عليها عدل زطي فحمل عليها شريكه مثل ذلك العدل لم يضمن . ولو حمل عليها طيالة أو أكسية كان ضامنا لاختلاف الجنس وللتفاوت في الضرر على الدابة . قال (ولو حمل المستعير عليها ذلك ضمنه فكذلك شريكه) الا أنه ان كان ذلك من تجارتها فالضمان عليهما لحصول المنفعة لهما . وان كانت بضاعة عند الذي حمل فالضمان عليهما لان الذي حمل عنه غاصب والآخر عنه كفيل ضامن ثم يرجع الشريك على الذي حمل بنصف ذلك اذا أديا من مال الشركة لانه لا منفعة له في هذا الحمل فلا يكون عليه من قرار الضمان شيء . ولو استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها شريكه عشرة مخاتيم شعير من شركتهما لم يضمن لان هذا أخف على الدابة فلا يصير الحامل به مخالفا في حق صاحب الدابة سواء كان المستعير هو الذي حملة أو شريكه . وكذلك لو كانا شريكين شركة عنان فاستعارها أحدهما فالجواب في هذا كالجواب في الاول لان وجوب الضمان باعتبار زيادة الضرر على الدابة في الحمل ولم يوجد ذلك وان كان الاول استعارها ليحمل عليها حنطة رزقا لأهله فحمل عليها شريكه شعيرآله خاصة كان ضامنا لانه مستعمل لها بغير اذن مالكها وبغير اذن شريكه المستعير فان المستعيرين عند الاستعارة انه يستعيرها لمنفعة نفسه لان ما أعده رزقا لأهله يكون ملكا له خاصة وذلك بعدم رضاه بانتفاع الشريك بها فلهذا كان ضامنا . قال (واذا ادعى رجل أن أحد المتفاوضين باعه خادما فجحد ذلك المتفاوضان فللمدعى أن يحلف المدعى عليه البيع على الثياب وشريكه على العلم) لان كل واحد منهما لو أقر بما ادعاه المدعى كان اقراره ملزما إياهما فاذا أنكر يستحلف كل واحد منهما لرجاء نكوله الا أن المدعى عليه البيع يستحلف على فعل نفسه فيكون يمينه على الثياب وصاحبه يستحلف على فعل الغير فيكون يميناً على العلم وأيهما نكل عن اليمين قضى بالجارية للمشتري بالثمن الذي ادعاه لان نكوله كاقاراره واقرار أحدهما ملزم إياهما وكذلك لو ادعى تولية أو شركة أو اجارة أو تسليم دين أو تسليم دار بالشفعة لان فيما هو من عمل

التجارة فعل أحدهما كفعليهما واقرار أحدهما ملزم للآخر فيحلف كل واحد منهما بدعوى المدعى فان ادعى شيئاً من ذلك عليهما جميعاً كان له أن يستحلف كل واحد منهما البتة لان كل واحد منهما الآن يحلف على فعل نفسه فأيهما نكل عن اليمين أمضى الامر عليهما. وان ادعى على ذلك أحدهما وهو غائب كان له أن يستحلف الحاضر على عمله فان حلف ثم قدم الغائب كان له أن يستحلفه البتة كما لو كانا حاضرين وان كان المفاوض هو الذي ادعى على رجل شيئاً من ذلك وحلفه عليه ثم أراد شريكه أن يحلفه أيضاً لم يكن له ذلك والفرق من وجهين (أحدهما) أن المفاوض المدعى يكون نائباً عن صاحبه بمنزلة الوكيل وبعدما استحلف بخصوصة الوكيل لا يستحلف بخصوصة الموكل لان النيابة في الاستحلاف صحيح واذا كانت الدعوى عليهما فلا يمكن أن يجعل المفاوض المدعى عليه نائباً عن صاحبه في الحلف لان النيابة لا تجرى في اليمين فلهذا كان للمدعى أن يحلف الآخر (والثاني) أن الاشتغال بالاستحلاف فيما اذا كان مقيداً فأما اذا لم يكن مقيداً فلا يشتغل به وان كانت الدعوى من المتفاوضين فاستحلف المدعى عليه بخصوصة أحدهما فلا فائدة في استحلافه لخصوصة الآخر لانه بعد ما حلف في حادثة لخصوصة انسان لا يمتنع من اليمين في تلك الحادثة لخصوصة الآخر فأما اذا كانت الدعوى عليهما وحلف أحدهما كان استحلاف الآخر مفيداً لان أحدهما قد لا يبالي من اليمين والآخر يمتنع من ذلك اذ الناس يتفاوتون في الجرأة على اليمين فلهذا كان للمدعى أن يستحلف الآخر بعد ما حلف أحدهما لرجاء نكوله . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين جراحة خطأ لها ارش واستحلفه البتة حلف له ثم أراد أن يستحلف شريكه لم يكن له ذلك ولا خصوصة له مع شريكه) لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فأما ما يلزم بسبب الجناية لا يكون الآخر كفيلاً به . ألا ترى أنه لو ثبتت الجناية بالبينة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك شيء من موجهه ولا خصوصة للمجنى عليه معه فذلك لا يحلفه عليه لان الاستحلاف لرجاء النكول واقاراره بالجناية على شريكه باطل وكذلك المهر والجعل في الخلع والصلح من جناية العمدة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له أن يحلف الآخر لما بينا . قال (وان ادعى على أحد المتفاوضين مالا من كفالة وحوله عليه فله أن يحلف شريكه عليه أيضاً) في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له ذلك . وأصل المسئلة ان أحد المتفاوضين اذا كفل بمال فان ذلك يلزم شريكه في

قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يلزم شريكه .
وجه قولهما ان الكفالة تبرع بدليل أنه لا يصح ممن ليس من أهل التبرع كما لأذن
والمكاتب وأنه اذا حصل من المريض كان معتبراً من ثلاثة وكل واحد منهما كفيل عن
صاحبه فيما يلزمه بالتجارة دون التبرع . ألا ترى أن الهبة والصدقة من أحدهما لا تصح في
حق شريكه فكذلك الكفالة . ولا بي حنيفة رحمه الله طريقان (أحدهما) أن الكفالة من
مقتضيات المفاوضة فان كل واحد من المتفاوضين يكون كفيلاً عن صاحبه كما يكون
وكيلاً عن صاحبه فيما يجب على أحدهما بالكفالة دين واجب بما هو من مقتضيات المفاوضة
فيكون ملزماً شريكه كما لو توكل أحدهما عن انسان بشراء شيء كان شريكه مطالباً بثمنه
(والثاني) أن الكفالة تبرع في الابتداء ولكنها اذا صحت انقلبت مفاوضة . ألا ترى
أن الكفيل يرجع بما يؤدي على المكفول عنه اذا كفل بأمره وقد صحت الكفالة هنا
والذي كفل صار مطالباً بالمال * ولما صحت الكفالة انقلبت مفاوضة وما يوجب على
أحدهما بمفاوضة مال بمال يطالب بها الشريك كالدين الواجب بالشراء بخلاف كفالة المديون
والمكاتب والمأذون والمريض فيما زاد على الثلث فان ذلك غير صحيح أصلاً فلا يكون مفاوضة
وقد يجوز أن يكون تبرعاً في الابتداء مفاوضة في الانتهاء كالهبة بشرط العوض فانه تبرع
في الابتداء ثم اذا اتصل به القبض من الجانبين كان مفاوضة واذا ثبت أن كفالة أحدهما
يلزم شريكه عند أبي حنيفة رضي الله عنه . قال (يخلف الشريك على دعوى الكفالة بالمال
لانه لو أقر به لزمهما جميعاً فاذا أنكر يستحلف عليه) لانه مطالب بالمال لو ثبتت الكفالة
على شريكه بالبينة فيستحلف عليه اذا أنكر بخلاف المهر والارش لانه غير مطالب به واذا
ثبت السبب على شريكه بالبينة فلا يستحلف عليه أيضاً وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو
ثبتت الكفالة على شريكه بالبينة لم يكن هو مطالباً بالمال فلا يستحلف عليه أيضاً قال (وان
كانت الكفالة من أحدهما بالنفس لم يلزم شريكه ولا يستحلف على ذلك اذا انكره
بالاتفاق لان الكفالة بالنفس ليست بمال ولا يتحقق فيه معنى المفاوضة بحال فحكمه مقتصر
على من باشر سببه لان كفالة كل واحد منهما عن صاحبه بالمال الذي يحتمل الشركة
والكفالة بالنفس لا تحتمل الشركة . قال (ولا تجوز المفاوضة بين المسلم والذمي في قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ذلك وهي مكروهة .

ووجه قوله ان كل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة على الإطلاق فتصح المفاوضة
 بينهما كالمسلمين والذميين وهذا لان مقتضى المفاوضة والكفالة والوكالة فانما تشترط
 أهلية كل واحد منهما في ذلك ثم كل واحد منهما مالك للتصرف بنفسه فكان كل واحد
 منهما من أهل المفاوضة ألا ترى ان المفاوضة تصح بين الذميين والمسلمين فكذلك
 تصح بين المسلم والذمي ولا معتبر بتفاوتهما في التصرف من حيث ان المسلم لا يتصرف في
 الخمر والخنزير والذمي يتصرف في ذلك . وهذا لان الذمي الذي هو شريك المسلم مفاوضة
 لا يتصرف عنده في الخمر والخنزير ثم لا معتبر بالمساواة في التصرف ألا ترى أن المفاوضة
 تصح بين الكتابي والمجوسى والمجوسى يتصرف في الموقوفة لانه يعتقد فيها المالية والكتابي
 لا يفعل وكذلك المفاوضة تصح بين حنفى المذهب وشافعى المذهب وان كان الحنفى يتصرف
 في المثلث النبيذ لانه يعتقد فيه المالية وشافعى المذهب يتصرف في متروك التسمية عمدا
 لانه يعتقد فيها المالية . ثم هذا التفاوت لا يمنع صحة المفاوضة بينهما فكذلك المسلم والذمي
 وهما يقولان مبنى المفاوضة على المساواة ولا مساواة بين المسلم والذمي في التصرف ولا في
 محل التصرف وهو المال فان الخمر والخنزير مال متقوم في حق أهل الذمة يجوز تصرفهم
 فيها بيعا وشراء وسلماء في الخمر وهي ليست بمال في حق المسلم فتععدم المساواة بينهما وبدون
 المساواة لا تكون الشركة مفاوضة . ألا ترى أن المفاوضة لا تصح بين الحر والعبد لانعدام
 المساواة بينهما . قال قوله بأنه لا يتصرف في الخمر والخنزير اذا كان مفاوضا للمسلم قلنا المعنى
 الذى لأجله كان ينفذ تصرفه في الخمر والخنزير اذا كان مفاوضا للمسلم هو اعتقاد المالية
 والتقوم فيه وذلك لانعدام بالمفاوضة مع المسلم فلا بد من القول بنفوذ التصرف عليه وهذا
 بخلاف المفاوضة بين الكتابي والمجوسى لان من يحمل الموقوفة مالا متقوما في حقهم لا يفصل
 بين الكتابي والمجوسى فيتحقق المساواة بينهما في التصرف ﴿ فان قيل ﴾ لا يتحقق المساواة
 فان الكتابي يؤجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا يؤجر نفسه لذلك لان ذبيحته
 لا تحل ﴿ قلنا ﴾ لا كذلك بل كل واحد منهما أن يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه
 أو بنائبة واجارة المجوسى نفسه للذبح صحيح يستوجب به الأجر وان كان لا تحل ذبيحته
 فأما بين الحنفى والشافعى تتحقق المساواة لان الدلالة قامت على أن متروك التسمية عمدا
 ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه من الحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الازام

بالحاجة له والدليل فيتحقق المساواة بينهما في المال والتصرف وإنما كرهه أبو يوسف رحمه
 الله لأن في المفاوضة الوكالة ويكره للمسلم توكيل الذمي بالتصرف له . قال (ولا تجوز
 المفاوضة بين الحر والعبد ولا بين العبد والعبد ولا بين الحر والمكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين
 الصبيين وإن أذن لهما أبوهما) لأن مبنى المفاوضة على الكفالة فإن كل واحد من المتفاوضين
 يكون كفيلاً عن صاحبه والعبد والمكاتب والصبي ليسوا من أهل الكفالة فهذا لا يجوز
 المفاوضة بينهما لأن كل واحد منهما غير مالك للتصرف بنفسه فإن العبد يحجر عليه مولاه
 والصبي يحجر عليه وليه والمكاتب يعجز فيرد في الرق والمقصود من المفاوضة التصرف
 والاسترباح فإذا لم يكن كل واحد منهما مالكا للتصرف بنفسه لا تجوز المفاوضة بينهما ثم
 تكون الشركة بينهما عنانا في هذه المواضع لأنها أهل الشركة وإنما فسدت المفاوضة خاصة
 فيبقى العنان وقد بينا أن العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصاً . قال (وإن تفاوض الذميان
 جاز ذلك وإن كان أحدهما نصرانياً والآخر مجوسياً) لأن المساواة بينهما في الملك والتصرف
 تتحقق وكل واحد منهما من أهل الوكالة والكفالة فصحت المفاوضة بينهما . قال (وإن شارك
 المسلم المرتد شركة عنان أو مفاوضة فهو موقوف عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه) إن قتل
 على ردة أو لحق بدار الحرب بطل وإن أسلم جاز لأن من أصله أن التصرفات توقوف بالردة
 على أن ينفذ بالإسلام أو تبطل إذا قتل أو لحق بدار الحرب والشركة من جملة تصرفاته
 فأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله شركة العنان منه صحيحة لأن من أصلها أن
 تصرف المرتد بعد ردة قبل لحاقه بدار الحرب نافذ فإن قتل أو لحق بدار الحرب انقطعت
 الشركة لأن في القتل موتاً ولحوقه بدار الحرب كموته والموت مبطل للشركة وأما المفاوضة
 فعلى ما قال أبو حنيفة رحمه الله لا يرد به توقف أصل الشركة عندهما بل المراد توقف صحة
 المفاوضة فأما أصل الشركة صحيح عندهما وإنما توقف صفة المفاوضة عند محمد رحمه الله لأن
 المرتد عنده في التصرفات كالمریض وكفالة المريض مرض الموت معتبرة من ثلثه فلا يكون
 المرتد من أهل الكفالة المطلقة إلا أن يسلم فهذا توقف صفة المفاوضة على إسلامه وعلى أصل
 أبي يوسف الكفالة وإن كانت تصح من المرتد لأنه بمنزلة الصحيح في التصرف إلا أن
 نفسه توقف بين أن تسلم له بالإسلام أو يتلف عليه إذا أصر على الردة فيكون في معنى المكاتب
 من هذا الوجه والمكاتب ليس من أهل المفاوضة فهذا توقف المفاوضة منه . قال (وإن شارك

المسلم المرتدة شركة عنان أو شركة مفاوضة جازت شركة العنان ولم تجز شركة المفاوضة إلا أن يسلم لأن تصرف المرتدة نافذ فان المال باق على ملكها لان نفسها لم توقف بالردة حتى لا تقبل فكذلك في مالها الا انها كافرة فهي كالذمية ومن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان المفاوضة لا تصح بين المسلمة والذمية وتصح شركة العنان وهي مكروهة فكذلك في حق المرتدة . قال (وينبغي في قياس قول أبي يوسف أن تكون المفاوضة جائزة مع السكرانة) لانه يجوز المفاوضة بين المسلمة والذمية فكذلك بين المسلمة والمرتدة وذكر عيسى بن أبان عن أبي يوسف رحمهما الله ان مفاوضتهما توقف كما توقف مفاوضة المرتد مع المسلم لانها وان كانت لا تقبل فانها تسترق واذا ألحقت بدار الحرب فنفسها موقوفة من هذا الوجه فهذا توقف مفاوضتهما . قال (ولأحد المتفاوضين أن يكتب عبداً من تجارتها) لان المفاوضة في حق شريكه أعم تصرفاً من الوصى في حق اليتيم وللوصى أن يكتب فللمفاوض ذلك بطريق الاولى ويان هذا أن إقرار أحد المتفاوضين صحيح في حق شريكه وإقرار الوصى بالدين على اليتيم غير صحيح ثم الكتابة من عقود الاكتساب وهو أنفع من البيع لان البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك قبل الاداء وكل واحد من المتفاوضين بمنزلة صاحبه في اكتساب المال وان كانت الكتابة من التاجر الذي لا يملك شيئاً من العبد وهو الأب والوصى صحيحة فصحتها من التاجر الذي يملك نصف العبد وهو المفاوض أولى واذا ثبت ان لأحدهما أن يكتب فله أن يأذن لعبد في التجارة بطريق الاولى فان كل واحد منهما فك الحجر والكتابة لازمة والاذن في التجارة ليس بلازم ولهذا كان للمأذون أن يأذن لعبد في التجارة وليس له أن يكتب والاذن في التجارة من صنيع التجارة ومما يقصد به تحصيل المال وكل واحد من المتفاوضين في ذلك يقوم مقام صاحبه . قال (وليس لأحد المتفاوضين أن يعتق عبداً بمال أو بغير مال) لان ذلك تبرع أما العتق بغير مال فلا اشكال فيه وكذلك العتق بمال لان ذلك يتعجل زوال الملك عن العبد في الحال والمال في ذمة مفلسة لا يدري أيقدر على الاداء أو لا يقدر فلم يكن ذلك من عقود الاكتساب فهذا لا يملك المفاوض في نصيب صاحبه وكذلك لا يزوج عبداً من تركتها لانه ليس في تزويج العبد تحصيل المال بل فيه تعيب رقبته من حيث الاشتغال بالمهر والنفقة فلا يملك أحدهما في نصيب شريكه بدون اذنه وله أن يزوج الامة لان تزويج الامة من عقود

الاكتساب فانه يكتسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسه ولهذا يملك الأب والوصى تزويج أمة اليتيم ولا يملك أن تزويج عبد اليتيم . قال (وليس لشرىك العنان أن يكتب لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة والكتابة ليست من التجارة) وما يكون معتاداً بين التجار والكتابة ليست من هذه الجملة وكذلك لا يملك أحدهما تزويج الامة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي يوسف رحمه الله يملك ذلك وقد بينا هذا في كتاب النكاح . قال (واذا كان للمتفاوضين عبد تاجر فادانه أحدهما ديناً من تجارتها لم يلزمه من ذلك شيء) لان فعل أحدهما في الادانة كفعلهما ولان مالية العبد من شركتهما وما اداناه أو أحدهما فهو من شركتهما أيضاً فلا فائدة في الإيجاب في ذمته فلا يشتغل بما لا يفيد شراً (وكذلك في شركة العنان في البيع والشراء كل واحد منهما وكيل صاحبه في البيع بالنقد والنسيئة) والادانة بيع بالنسيئة ولا فائدة في إيجاب ذلك في ذمته متعلقاً بماليته لان ماليته من شركتهما أما اذا كانا شريكين في عبد لهما خاصة فاذن لهما في التجارة ثم ادانه كل واحد منهما ديناً فانه يلزمه نصف دين كل واحد منهما في حصة الآخر لان كل واحد منهما من حصة صاحبه كالأجنبي حتى لا يملك التصرف فيه فما ادانه كل واحد منهما نصفه في ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه ديناً ونصفه في ملك شريكه وهو يستوجب الدين فيه لكونه مقيداً فانه في ذلك النصف كالأجنبي آخر ويجعل كل نصف من العبد كعبد على حدة (ومن ادان عبده وعبده غيره يثبت من دينه ما يخص عبده غيره دون ما يخص عبده) قال (وان كان العبد التاجر بين المتفاوضين فباعه أحدهما ثوباً من ميراث ورثه لزمه نصف ذلك الدين في نصيب الآخر) لان ما ادانه ليس من شركتهما وفيما ليس من شركتهما كل واحد منهما من صاحبه كالأجنبي . قال (ولو كان العبد ميراناً لأحدهما فاذن له الآخر في البيع والشراء لم يحز) لان العبد ليس من شركتهما فاذن صاحبه له في التجارة كاذن أجنبي آخر فان أذن له مولاه ثم ادانه الآخر ديناً من ميراثه خاصة لزمه ذلك كما لو ادانه أجنبي آخر لان ما ادانه ليس من شركتهما وان اداناه من التجارة لزمه نصف ذلك لان فعل أحدهما في الادانة من مال التجارة كفعلهما فلا يجب عليه نصيب الاذن لانه ملكه ولا يستوجب المولى الدين على عبده ويلزمه نصيب الآخر لانه أجنبي عن ماليته . قال (واذا استأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الاشياء فلمؤجر أن يأخذ بالاجر

أيهما شاء) لان الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا لحج الى مكة فحج عليها فللمكرى أن يأخذ به أيهما شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء شريكه بكفالاته عنه الا أن شريكه اذا أدى ذلك من خالص ماله يرجع به عليه لانه أدى ما كفله عنه بأمره وان أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيبه من المؤدى وهو النصف . وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لانه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه فان شركة العنان لا تتضمن الكفالة (وان أدى العاقد من مال الشركة رجع شريكه بنصف ذلك عليه اذا كان استأجره لخاصة نفسه وان كان استأجره لتجارتها وأدى الاجر من خالص ماله رجع على شريكه بنصفه) لانه وكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار وقد أدى الاجر من مال نفسه ولو كانت الشركة بينهما في شيء خاص شركة ملك لم يرجع على صاحبه بشيء مما أدى لانه ليس بوكيل عن صاحبه في هذا الاستئجار . قال (ولو أجر أحد المتفاوضين عبدا من تجارتهما كان للآخر أن يأخذ الاجر) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما يجب لهما بالتجارة وفعل أحدهما كفعل صاحبه والمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لان التسليم مضمون على الآخر والآخر مطالب عنه بكفالاته بما يلتزمه بالتجارة وان أجر أحدهما عبدا له خاصة من الميراث لم يكن للآخر أن يأخذ الاجر لانه بدل ما ليس من شركتهما الا ترى أنه لو باع هذا العبد لم يكن للآخر أن يأخذ الثمن وحكم المنفعة حكم العين ولم يكن للمستأجر أن يأخذه بتسليم العبد لما بينا أن فيما ليس من شركتهما كل واحد من صاحبه كالأجنبي ولا تفسد المفاوضة وان كان الاجر دراهم أو دنانير حتى يقبضها لان أحدهما انما فضل صاحبه بملك دين والدين لا يصلح أن يكون رأس مال في الشركة فاذا قبضها فسدت المفاوضة لانه اختص بملك مال يصلح أن يكون رأس مال في الشركة وذلك بعدم المساواة وكذلك كل شيء مما هو له خاصة باعه فليس لشريكه أن يطالب به ولا تفسد المفاوضة ما لم يقبض الثمن فاذا قبض وكان من النقود فسدت المفاوضة لما قلنا . قال (ولا أحد المتفاوضين أن يشارك رجلا شركة عنان ببعض مال الشركة فيجوز عليه وعلى شريكه كان باذنه أو بغير اذنه) وان شاركه شركة المفاوضة باذن شريكه فهو جائز عليهما كما لو فعلا ذلك وان كان بغير اذنه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان وقد بينا اختلاف الروايات في هذا

الفصل ويستوى ان كان الذي شاركه أباه أو ابنه أو أجنبياً عنه لان حكم الشركة واحد
 فلا يمكن التهمة فيه بسبب القرابة (و ذكر) الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليهما ان أحد
 شريكي العنان اذا شارك انساناً آخر شركة المفاوضة فان كان ذلك بمحض من شريكه تصح
 مفاوضته وتبطل به شركته مع الاول وان كان بغير محضر من شريكه لم تصح مفاوضته
 لان مباشرة المفاوضة مع الثاني تقص منه لشركة العنان مع الاول فان المساواة بينهما لا تتحقق
 الا به وتقص أحد الشريكين الشركة بمحض من صاحبه صحيح وبغير محضر منه باطل . قال
 (واذا أجر أحد المتفاوضين نفسه لحفظ شيء أو خياطة ثوب أو عمل معلوم بأجر واكتسب
 بهذا الطريق فهو بينهما لانه انما يستوجب الأجر لتقبل ذلك العمل وهو صحيح منه في
 حق صاحبه) فما يكتسب به يكون بينهما ويجعل فعل أحدهما فيه كفعلهما بخلاف ما اذا
 أجر نفسه للخدمة لان البدل هناك يستوجه بتسليم النفس ونفسه ليست من شركتهما
 فهو بمنزلة مالو أجر عبد آله ميراثاً . وأما شريك العنان اذا اكتسب بتقبل العمل وليس
 ذلك من شركتهما فانه يكون له خاصة ولانه وكيل صاحبه في التصرف في مال الشركة
 وتقبل هذا العمل ليس بتصرف منه في مال الشركة وكان شريكه في ذلك كأجنبي آخر
 قال (ولأحد المتفاوضين أن يرهن عبداً من مال المفاوضة بدين من مال المفاوضة وبدين
 عليه خاصة من مهر أو غيره بغير اذن شريكه) لان المقصود من الرهن قضاء الدين فان
 موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وله أن يوفي من مال الشركة هذا الدين وكذلك
 يرهن به الا انه اذا هلك الرهن حتى صار المرتهن مستوفياً للدين فان كان الدين من شركتهما
 فلا ضمان عليه وان كان الدين عليه خاصة يرجع شريكه عليه بنصف ذلك لانه قضى ديناً
 عليه من مال مشترك وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين فلا ضمان عليه في الزيادة
 لان الزيادة على قدر الدين امانة في يد المرتهن فان لأحد المتفاوضين أن يودع ولان الأب
 لو رهن بدين الولد عينا قيمته أكثر من الدين لم يكن ضامناً للزيادة وكذلك المتفاوض
 وان رهن عبداً له خاصة بدين من المفاوضة وقيمته مثل الدين فهلك فهو بما فيه ويرجع
 بنصفه على شريكه لانه صار قاضياً دين المفاوضة بخالص ملكه وهو في نصيب
 صاحبه وكيل عنه فيرجع عليه بما أدى من دينه من خالص ملكه . قال (وان كان الدين
 من تجارتهما على رجل فارتهن أحدهما به رهناً جاز) سواء كان هو الذي ولي المبايعة أو

صاحبه لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في استيفاء الدين الواجب بالتجارة وكذلك في الارتهان به وأما في شركة العنان فلا يجوز لأحدهما أن يرهن شيئاً من الشركة بدين عليه خاصة الا برضا صاحبه كما ليس له أن يوفي ذلك الدين من مال الشركة لان كل واحد منهما وكيل صاحبه في التجارة في ذلك المال له في لا صرفه الى حاجة نفسه . قال (ولا يجوز ان يرتن رهنا بدين لهما من الشركة على رجل الا أن يكون هو الذي ولي المبايعة أو يأمر من وليها منهما) اعتبارا للارتهان بالاستيفاء وليس له حق المطالبة بالاستيفاء لما وليه صاحبه الا باذنه فكذلك الارتهان وهذا لان الاستيفاء من حقوق العقد فيكون الى العاقد وكلا كان أو مالكا . قال (ولا يجوز لأحدهما أن يرتن رهنا بدين ولياه جميعا) لان فيما وجب بعقد صاحبه هو لا يملك الاستيفاء فلا يصح ارتهانه به ولو جاز في نصيبه كان مشاعاً والشيوخ يمنع صحة الرهن فان فعل وهلك الرهن وقيمته مثل الدين ذهب نصف الدين وضمن نصف الرهن في ماله خاصة لان الفاسد من الرهن معتبر بالجائز في حكم الضمان فكما أن المقبوض بحكم الرهن الجائز يكون مضمونا بقدر الدين فكذلك المقبوض بحكم الرهن الفاسد (وطعن) عيسى رحمه الله في هذه المسألة وقال الصحيح ان يذهب نصف الدين ولا يضمن شيئاً آخر لانه في نصيب صاحبه أجنبي وضمان الرهن ينبنى على يد الاستيفاء فاذا لم تثبت له يد الاستيفاء في نصيب صاحبه لا يثبت الضمان في ذلك النصف كمن ارتن بدين لرجل على آخر ان يكون هو عدلا فيه ان أجاز له صاحب الدين ضمنه وان لم يجزه فلا شيء عليه فهلك الرهن في يده قبل أن يجيزه صاحب الدين لم يضمن القابض شيئاً وما ذكره في الكتاب أصح لانه قبض الرهن هنا على جهة استيفاء الدين فلا يكون صاحبه راضياً بالتسليم اليه بدون هذه الجهة وفي مسألة العدل بشرط انه لم يخبر صاحبه فلا شيء عليه وباعتبار هذا الشرط يتحقق رضا صاحب الرهن بقبضه لا على وجه الاستيفاء فلهذا لا يضمن شيئاً ثم يكون للآخر أن يطالب المديون بنصيبه من الدين لانه لم يصرف نصيبه من الدين مستوفى بهلاك الرهن . قال (و اقرار أحد المتفاوضين بالرهن والارتهان جائز كما يصح اقراره بالايفاء والاستيفاء) لان كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في ذلك ومن ملك مباشرة الشيء بالاقرار به لا تنفأ التهمة فان أقر بذلك بعد التصرف أو موت أحدهما لم يجز اقراره على صاحبه لان الشركة قد انقطعت بينهما وقيامه مقام صاحبه في الاقرار كان بحكم

الشركة فلا يبقى بعد انقطاع الشركة بينهما . قال (ويجوز اقرار شريك العنان بالارتهان فيما تولاه عليه وعلى شريكه) لان حق القبض اليه فيما تولى سببه فكما يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك اقراره بالارتهان وفيما وليه صاحبه ولا يجوز اقراره بالاستيفاء في نصيب صاحبه ويجوز في نصيبه استحسانا لان الموكل اذا قبض الثمن بتسليم المشتري اليه صح قبضه استحسانا وكذلك اقراره بالاستيفاء حقيقة أو بالارتهان يكون صحيحا في نصيبه دون نصيب صاحبه . قال (وما غصبه المتفاوض أو استهلكه أو عقد دابة أو احرق ثوبا فلصاحبه أن يضمن أيهما شاء) وقد بينا هذا الا أن حاصل الضمان يكون على الفاعل خاصة حتى لو أدى الآخر من مال الشركة رجع عليه بنصفه الا أن هذا الفعل لم يكن هو فيه قائما مقام شريكه ولا مأذونا له من جهته فيه فان الغصب ليس بتجارة وبثبوت الملك في المنصوب يتحقق شرط تقرر الضمان فأما الواجب ضمان الفعل فيكون على الفاعل خاصة واذا أدى غيره عنه بحكم الكفالة رجع عليه بخلاف الشراء الفاسد فان الضمان الواجب به ضمان العقد والفاسد من العقد معتبر بالجائز فكما ان ما يجب بالصحيح من التجارة يكون عليهما واذا أداه أحدهما من مال الشركة لم يرجع به على صاحبه فكذلك ما يجب بالشراء الفاسد . قال (ولو كان عند أحدهما وديعة فعمل بها أو كانت مضاربة تخالف فيها كان الربح لهما) لان حصول الربح بطريق التجارة وفعل أحدهما فيه كفلهما ولصاحبه أن يضمن أيهما شاء لمعنى الكفالة بينهما كافي ضمان الغصب والاستهلاك . قال (واذا غصب شريك العنان شيئا أو استهلكه لم يؤخذ به صاحبه) لان على صاحبه ليس بكفيل عنه وان اشترى شيئا شراء فاسدا فهلكت عنده ضمنه ورجع على صاحبه بنصفه لانه وكيل صاحبه بالشراء وما يجب على الوكيل بالشراء الفاسد والصحيح يستوجب الرجوع به على صاحبه لانه عامل له بأمره فان مطلق التوكيل يتناول الجائز والفاسد من التصرف . قال (ولو كفّل أحد المتفاوضين عن رجل بمر أو بارش جنانية فهو بمنزلة كفالته بدين آخر لا يؤاخذ به شريكه) في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يؤاخذ به لان الواجب على المتفاوض بسبب الكفالة لا بسبب النكاح والجنانية والارش والمهر في حقهما كسائر الديون بخلاف المهر والارش الواجب على أحد المتفاوضين فان وجوب ذلك بسبب النكاح والجنانية والشريك غير متحمل فيه ما يجب لهذا السبب ولهذا لا يؤاخذ واحد من المتفاوضين

بنفقة امرأة شريكه ولا متعتها ولا بنفقة يفرضها الحاكم عليه لذوي ارحامه لان وجوب ذلك بسبب لا يحتمل الشراكة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يجب باعتبار سبب يحتمل الشراكة. قال (وان أقر أحد المتفاوضين بدين عليه لامرأته غير المهر من شراء أو قرض لم يلزم شريكه منه شيء) في قول أبي حنيفة رحمه الله ويلزم المتفاوض المقر خاصة وكذلك اقراره لكل من لا تجوز شهادته له من آباءه وأولاده وعبيده ومكاتبه في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله عليهما اقراره لهؤلاء جائز عليهما ما خلا عبده ومكاتبه وأصل المسألة في الوكيل بالبيع أن عند أبي حنيفة رحمه الله لا يبيع بمطلق الوكالة من واحد من هؤلاء وعندهما يجوز بيعه من هؤلاء الا من عبده ومكاتبه فمن أصلهما ان الاملاك بينهما متباينة فيكون لكل واحد منهما ولاية ايجاب الحق لصاحبه في ملك الغير عند تسليط من له الحق كما في حق الاجانب ولا يكون منهما في ذلك باعتبار ما بينهما من القرابة بخلاف العبد فكتبه ملك هؤلاء وللمولى حق الكسب في ملك المكاتب فلا يكون متهم في حق نفسه فكذلك في حق مكاتبه وعبيده وبخلاف الشهادة فان التسليط ممن له الحق غير موجود هناك اذا ثبت هذا في التوكيل فكذلك في الاقرار أو كل واحد من المتفاوضين يوجب الحق للمقر له في مال صاحبه بتسليطه فامرأته وأبوه في ذلك كأجنبي آخر وأبو حنيفة رحمه الله يقول هو متهم في حق هؤلاء بدليل ان شهادته لهم لا تصح موجبة للحكم والانسان انما يملك الحق للغير في مال الغير عند تسليطه بصفة الامانة فلا يملك في حق هؤلاء لتمكن تهمة الميل اليهم كما في حق العبد والمكاتب ولكن هذه التهمة في نفوذ اقرار المتفاوض على شريكه لا في نفوذ اقراره على نفسه فلذلك لم يزل المال المقر خاصة . قال (وكذلك لو أقر لامرأته وهي بائنة معتدة منه) وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يجوز اقراره لها في حق شريكه وأصله في الشهادة فانه اذا شهد للمباينة وهي تعتد منه قبلت الشهادة في رواية الحسن رحمه الله لانقطاع السبب الممكن للتهمة وهو النكاح كما بعد انقضاء العدة وفي ظاهر الرواية لا تقبل شهادته له لان العدة حق من حقوق النكاح فبقاؤها كبقاء أصل النكاح ألا ترى ان في نكاح أختها وأربع سواها جعلت هذه العدة كالنكاح (وكذلك) في استحقاق النفقة والسكنى ووقوع طلاقه عليها فكذلك في المنع من قبول شهادته لها وفي امتناع صحة اقراره لها في حق الشريك . قال (ولو كان النكاح فاسداً وقد

دخل بها فان أقر لها بمهرها لم يلزم شريكه لان وجوب المهر بسبب لا يحتمل الشركة
 فاسداً كان النكاح أو صحيحاً) وان أقر لها بدين غير المهر لزمها جميعاً لان هذه العدة ليست
 من حقوق النكاح ولكنها تجب لاستئصال الرحم بالماء ألا ترى أنها لا تستحق النفقة
 والسكنى باعتبارها وانه لا يقع عليها طلاقه (وكذلك) لو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين لزمها
 جميعاً وان كانت في عده لان هذه العدة ليست من حقوق النكاح ألا ترى أنها لا تستحق
 النفقة والسكنى باعتباره وكذلك لا تمنع من الخروج والسوق في هذه العدة بخلاف عدة
 النكاح وانه لا يقع عليها طلاقه وللعولى أن يتزوج أربعاً سواها في هذه العدة بخلاف عدة
 النكاح فهذا كانت كالأجنبية في حكم الشهادة والاقرار لها حتى يثبت المقر به في حقها
 ويجوز اقراره عليها جميعاً لام امرأته وولدها من غير اعتبار الاقرار بالشهادة . قال (ولا
 يجوز اقرار المرأة المفاوضة بالدين لزوجها على شريكها كما لا يجوز شهادتها له) ويجوز
 اقرارها بالدين لأبوى زوجها وولده من غيرها عليها وعلى شريكها كما يجوز شهادتها . قال
 (واذا اعتق أحد المتفاوضين عبداً من شركتهما فالقول فيه كالقول في غير المتفاوض)
 لان العتق ليس مما تقتضيه المفاوضة وقد بينا حكم اعتاق أحد الشريكين العبد المشترك
 في كتاب العتاق . قال (واذا افترق المتفاوضان ثم قال أحدهما كنت كاتب هذا العبد في
 الشركة لم يصدق على ذلك) لانه أقر على صاحبه بما لا يملك انشاءه في الحال وصحة اقرار
 المقر في حق الغير باعتبار ملكه للانشاء ولكن اقراره في نصيب نفسه صحيح فيكون
 ذلك كانشاء مكاتبته وليس لشريكه أن يردده لدفع الضرر عن نفسه بعد ما يحلف على علمه
 لانه لو أقر بما أقر به على شريكه صار العبد كله مكاتباً فاذا أنكر يستحلف عليه ولكن
 الاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم فيحلف بالله ما يعلم انه كاتب في المفاوضة
 وكذلك ان أقر أنه اعتقه في الشركة معناه ان اقراره يصح في نصيب نفسه خاصة ولا
 يشتغل باستحلاف الآخر هنا لانه لو انشأ العتق في حال بقاء الشركة لم ينفذ في نصيب شريكه
 فكذلك اذا أقر به بعد الافتراق بخلاف الكتابة . قال (فان تفرقا وأشهد كل واحد منهما
 على صاحبه بالبراءة من كل شركة ثم قال أحدهما قد كنت أعتقت هذا العبد في الشركة
 وقد دخل نصف قيمته فيما ترتب اليك مرة فصدقه الآخر في عتقه وقال كنت اخترت
 استسقاء العبد فالقول قول الذي لم يعتق لان) الخيار اليه في تعيين محل حقه فلا يملك المقر

ابطال هذا الحق عليه ولأن مالية نصف العبد عرفاه حقاً له والمقر يريد اسقاط حقه بما ذكر
فلا يقبل قوله إلا بحجة وعلى المنكر الممين فإذا حلف كان له أن يستسقى العبد في قول أبي
حنيفة رحمه الله ولا شيء له على الشريك لا قراره أنه باختيار الاستسقاء وذلك موجب
براءة المعتق عن الضمان بالبراءة . قال (فان قال قد كنت اخترت ضمانك فقد برئ من
الضمان بالبراءة) لأنه حقه تقرر في ذمته بزعمه وبرئ العبد من ذلك وقد صار مبرئاً شريكه
بالاشهاد على البراءة من كل شركة وان قال ما كنت اخترت شيئاً فأنا على خيارى كان
القول قوله لأن الخيار كان ثابتاً له والاختيار حادث من قبله فإذا أنكره كان القول قوله
ولكن له أن يستسقى العبد وليس له أن يضمن الشريك لأجل البراءة فإنه لو تقرر ضمان
نصيبه في ذمته باختياره تضيئه سقط ذلك بالاشهاد على البراءة فقل تقرر الضمان لأن
يستفيد البراءة منه بالاشهاد على البراءة أولى وإذا سقط حقه في تضيئه تعين في استسقاء العبد
كما لو أعتقه برضاه وان أقام المقر البينة أنه قد كان اختار ضمانه جعل الثابت بالبينة كالثابت
بالمعاينة فيبرأ هو من ذلك ولا شيء على العبد وان قال الشريك لم يعتقه إلا بعد الفرقة كان
القول قوله أيضاً لأن الاعتاق حادث فيحال به على أقرب الاوقات ولا يصدق المقر في
الاسناد إلا بحجة فان أقام المعتق البينة أنه أعتقه في المفاوضة وضمن له نصف قيمته وأقام
الآخر البينة أنه أعتقه بعد الفرقة واختار سقاية العبد فالبينة بينة المعتق وبرئ هو والعبد
من نصف قيمته لأنه أثبت بينته بسبق التاريخ في الاعتاق وأبقى ما لزمه من الضمان به
والتشريك بينته يعني ذلك والبيئات للاثبات فيترجح زيادة الاثبات . قال (ولو أقر أحدهما
أنه كاتب عبداً على الف درهم في الشركة وقبضها منه ومات العبد فقد دخل فيما برئت
اليك منه وقال (الآخر بل كاتبته بعد الفرقة فالقول قول الذي لم يكتب) لأن المكاتب
يدعى سبق التاريخ في عقده فلا يصدق إلا بحجة والقول قول المنكر مع يمينه على علمه فإذا
حلف يأخذ نصف الالف من المقر لأنه أخذه من كسب العبد وقد كان مشتركاً بينهما بعد
الفرقة وان كان العبد مات وترك مالا كثيراً فقال المكاتب كاتبته بعد الفرقة وأنا وارثه
وقال الآخر كاتبته في المفاوضة ونحن وارثاه جميعاً ولم يرد المكاتب شيئاً بعد فالقول قول
الذي لم يكتب لأن ملكه في نصف المكاتب كان ظاهراً وذلك يوجب الملك له في نصف
الكسب فالشريك بما قال يدعى بملك ذلك عليه فعليه البينة وهو منكر ذلك فالقول قول

الذي لم يكتب مع يمينه فاذا حلف كان مكاتباً بينهما وقد مات فياخذ ان المكاتب من تركته
والباقي ميراث قال لان ولاءه لهما . قال (ولو مات المتفاوضان واقتسم الورثة جميع ما تركا
ثم وجدوا مالا كثيراً فقال أحد الفريقين كان هذا في قسمنا لم يصدقوا على ذلك الا بينة)
لاهم تصادقوا على ان هذا المال كان مشتركاً في الاصل فدعوى أحد الفريقين للاختصاص
به بعد ذلك لا تقبل في حق الآخر الا بحجة وعلى الفريق الآخر اليمين فاذا حلفوا كان بينهما
نصفين وان كان في أيديهم صدقوا ان كانوا قد أشهدوا بالبراءة لان سبب اختصاصهم بما في
أيديهم قد ظهر وهو الاشهاد بالبراءة العامة وان كانوا لم يشهدوا بالبراءة فهو بينهم جميعاً بعد
ما يحلف الآخرون ما دخل هذا في قسم هؤلاء لانا عرفناه مشتركاً في الاصل فانما يستحق
ذو اليد باعتبار يده ما لم نعلم فيه حقاً لغيره فأما اذا كان معلوماً فلا يستحق باعتبار يده بل بالاشهاد
على البراءة وذلك غير موجود وهذا لان دعوى البعض فيما في يد الغير كدعوى الدين في ذمته
وبعد الاشهاد على البراءة المطلقة لا تسمع منه دعوى ما في ذمته مطلقاً فكذلك لا تسمع منه
دعوى ما في يده بخلاف ما قبل الاشهاد على البراءة . قال (ولو كان في يد أحد الفريقين مال فقالوا
هذا لا يينا قبل المفاوضة لم يصدقوا على ذلك) لانهم قائمون مقام مورثهم ولو ادعى المورث ذلك
في حياته لم يسمع ذلك منه وكان ما في يده بينه وبين صاحبه نصفين كما هو مقتضى المفاوضة
فكذلك دعوى الورثة بعده فان كانوا قد أشهدوا بالبراءة مما كان في الشركة ثم أقروا بهذا
وللفريق الآخر نصفه لان الاقرار حجة في حق المقر وقد زعموا ان هذا ما لم يتناوله البراءة
لانه لم يكن من الشركة وكان حكم هذا المال بعد الاشهاد على البراءة كما قبله وان كانت البراءة
مما كان في الشركة وغيره فلاحق لهم فيه لانه دخل في البراءة بهذا اللفظ سواء كان من شركتهما
أو من غير شركتهما . قال (وكل ما اشترى أحد المتفاوضين من التجارة وغيرها فهو بينه وبين
شريكه) الا اني أستحسن في كسوته وكسوة عياله وقوتهم من الطعام والادام أن يكون له خاصة
دون شريكه لان مقتضى المفاوضة المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف
وكان شراء أحدهما كشراهما جميعاً والقياس في الطعام والكسوة والادام كذلك فان شراء ذلك
من عقود التجارة ولكنه استحسنه فقال هذا مستثنى من قضية المفاوضة لان كل واحد منهما
حين شارك صاحبه كان عالماً بحاجته الى ذلك في مدة المفاوضة ومعلوم ان كل واحد منهما لم
يقصد بالمفاوضة أن تكون نفقه وتفقة عياله على شريكه وقد كان يعلم انه لا يتمكن من تحصيل

حاجته من ذلك الا بالشراء فصار كل واحد منهما مستثنياً هذا المقدار من تصرفه كما هو من مقتضى المفاوضة والاستثناء المعلوم بدلالة الحال كالاستثناء بالشرط ولان سبب المفاوضة انما يجب المساواة شرعا فيما يتمكن كل واحد منهما من الوقاية وذلك فيما سوى الطعام والكسوة والادام فان اشترى أحدهما شيئاً من ذلك كان له خاصة وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء لان المشتري باشر سبب الالتزام والآخر كفّل عنه ما لزمه بالشراء بسبب الشركة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان عليه خاصة وقد قضى من مال الشركة وان كانت الاشياء في يد أحدهما فجحد المفاوضة فقد وقعت الفرقة لجحوده لان كل واحد منهما ينفرد بفسخ الشركة بمحض من صاحبه فجحوده يكون فسخاً لانه ينفي بالجحود عقد الشركة بينهما فيما مضى ومن ضرورة ذلك بعينه في الحال وهو ضامن لنصف جميع ما في يده اذا قامت البيّنة على المفاوضة لانه كان أميناً في نصيب صاحبه فبالجحود يصير ضامناً كالمودع اذا جحد الوديعة وكذلك لو جحد وارثه بعد موته لان نصيب الآخر في يد وارث الميت أمانة فبالجحود يصير ضامناً فان ماتا وأوصى كل واحد منهما الى رجل فوصى كل واحد منهما يطالب بما ولى موصيه مبايعته لانه قائم مقام الوصى وقد انقطعت الشركة بموتهما ولا يطالب بالدين الا من هو قائم مقام الذى ولى المبايعة فاذا قبضه فلا ضمان عليه في ذلك ولا على الورثة بعد أن يكونوا مقرين بالمفاوضة كما لو كان الوصى قبض بنفسه وهو مقر بالمفاوضة كان أميناً في نصيب صاحبه . قال (واذا اشترى أحد المتفاوضين جارية خاصة نفسه ليطأها فان كان اشتراها بغير أمر شريكه فهي بينهما) وليس له أن يطأها لان هذا الشراء ماصار مستثنى من مقتضى الشركة وانه ما كان يعلم وقوع الحاجة اليه الا عند الشركة فيقع على مقتضى الشركة وليس لاحد الشريكين وطء الجارية المشتركة وان اشتراها باذن شريكه وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء ويحتسبان به فيما بينهما من حصة الذى اشتراها بمنزلة ما يشتره من الطعام والكسوة لنفسه وعياله (وذكّر) في الجامع الصغير أن الجارية للمشتري بغير شيء في قول أبي حنيفة رحمه الله وله أن يطأها وأيهما تقد الثمن لم يرجع على صاحبه بشيء منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله اذا اديا الثمن من مال الشركة فللشريك أن يرجع على المشتري بحصته من الثمن * فتبين بما ذكر هناك ان الجواب المذكور في كتاب الشركة

قولهما وجه قولهما انه اختص بملكها بالشراء فيلزمه ثمنها لان الثمن بمقابلة الملك فاذا اداه من مال الشركة رجع شريكه عليه بحصته من ذلك كما في الطعام والكسوة وهذا لان اعتبار اذن الشريك ليصير به هذا العقد مستثنى من مقتضى الشركة فاذا وجد التحق بالمستثنى بدون اذنه وهو الطعام والكسوة وأبو حنيفة رحمه الله يقول صار مشتريا الجارية على الشركة وقد نقد الثمن من مال الشركة فلا يرجع عليه شريكه بشيء منه كما لو اشتراها بغير أمر شريكه وهذا لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقاءها. ألا ترى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة ولكن تأثير اذن شريكه في تملك نصيبه من المشتري بعد الشركة فيكون واهبا لنصيبه من شريكه * ولو انهما اشتريا جارية ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه كانت الجارية له خاصة يطأها والثمن عليهما فهذا مثله يقرره ان اذن الشريك عليهما معتبر فيما لا يثبت بدون اذنه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثمن عليهما بدون اذن الشريك فعرفنا ان اعتبار اذنه في القرار المشتري بملك الجارية ولذلك طريقان إما بنفس الشراء وذلك غير ممكن مع قيام الشركة بينهما وامامية أحدهما نصيبه من صاحبه وذلك ممكن فيجب تحصيل مقصودهما بالطريق الممكن ويجعل هذا الطريق المتعين لتحصيل مقصودهما كتصريحهما به بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى من مقتضى الشركة فكان الملك في المشتري للمشتري خاصة بعقد الشراء فلماذا كان الثمن عليه خاصة. قال (فان كان اشتراها بامر صاحبه فوطئها ثم استحققت للمستحق أن يأخذ بالعقد أيهما شاء) لانه دين وجب على أحدهما بسبب التجارة وهو الشراء فانه لولا الشراء لكان الواجب عليه الحد بخلاف ما اذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحققت لان وجوب العقر عليه هناك باعتبار النكاح والنكاح ليس من التجارة في شيء والدليل على الفرق ان العبد المأذون يؤخذ بالعقر بسبب الشراء في الحال ولا يؤخذ بالعقر بسبب النكاح حتى يعتق. قال (واذا باع أحدهما جارية من تجارتها بنسيئة لم يكن لواحد منهما أن يشتريها باقل من ذلك قبل استيفاء الثمن) لان فعل أحدهما في البيع كفعلها ولان أحدهما بائع والآخر تبع له ومن باع أو بيع له لم يجز شراؤه باقل من الثمن الاول قبل العقد. وان وهب البائع الثمن للمشتري أو أبرأه منه جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن نصيب صاحبه لانه في نصيب صاحبه وكيل بالبيع والوكيل بالبيع

إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهبه له قبل القبض جاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكان ضامنا مثله للموكل ولم يحز ابراؤه في قول أبي يوسف رحمه الله فكذلك هذا في نصيب الشريك وهذا لان الهبة والابراء ليس مما تقتضيه المفاوضة * وان كان الشريك هو الذي وهب الثمن من المشتري جاز في نصفه لانه مالك لنصيبه فيجوز اسقاط الثمن باعتبار ملكه كالموكل اذا أبرأ المشتري فأما في نصيب البائع الشريك ليس بمالك ولا عاقد فلا تصح هبته وان أقاله البيع جاز عليه وعلي الذي ولي البيع لان الاقالة من صنيع التجار فكان من مقتضيات المفاوضة فان الاقالة كالبيع الجديد ولهذا تصح من الاب والوصي وكذلك يصح من المفاوض والشريك شركة عنان . قال (ولو أسلم أحد المتفاوضين دراهم في طعام جاز ذلك عليهما) لانه شراء بنسيئة وهو من صنيع التجار ففعل أحد المتفاوضين كفعلهما وكذلك لو تعين أحدهما عينة وصورة العينة أن يشتري عينا بالنسيئة باكثر من قيمته لبيعه بقيمته بالنقد فيحصل له المال وهذا من صنيع التجار بفعل أحد المتفاوضين فيه كفعلهما وهذا بخلاف أحد شريكي العنان وقد بينا ان هناك انما يملك كل واحد منهما الشراء بالنسيئة اذا كان في يده من مال الشركة جنس ذلك الثمن فأما اذا لم يكن فشراؤه بالنسيئة استدانة على المال وولاية الاستدانة لا تستفاد بشركة العنان وتستفاد بالمفاوضة . قال (ولو قبل أحد المتفاوضين رأس مال أسلم اليه صاحبه في طعام كان جائزا على شريكه) لان قبول السلم من صنيع التجار * فان قيل * كيف يصح هذا والتوكيل بقبول السلم لا يصح وكل واحد منهما وكيل في حق صاحبه فانما ينفذ من تصرفه على صاحبه ما ينفذ من الوكيل على الموكل * قلنا * هذا في شركة العنان هكذا فأما المفاوضة فكل واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما هو من تجارة وقبول السلم من التجارة يوضحه ان قبول السلم تبع مافي ذمته والتزام ضمان مافي الذمة بمال يأخذه فهو بمنزلة ما لو أجر نفسه بعمل من خياطة أو نحوها وقد بينا ان ذلك ينفذ منه في حق شريكه المفاوض حتى يطالب به فكذلك قبول السلم . قال (واذا باع أحد المتفاوضين عبدا بنسيئة ثم مات لم يكن لصاحبه أن يخاصم فيه) لان الشركة تقطعت بينهما بالموت فانما تبقى ولاية المطالبة والخصومة بالعقد وذلك الى العاقد أو الي من قام مقامه بعد موته من وصي أو وارث ولكن ان أعطاه المشتري نصف الثمن برى منه لان نصف الثمن ملكه اذا قبضه وصى الميت يلزمه دفعه اليه فاذا دفعه المشتري اليه بنفسه برى

استحسانا كالمشتري من الوكيل اذا دفع الثمن الي الموكل يبرأ استحسانا . قال (واذا باع أحدهما من صاحبه ثوبا من الشركة ليقطعه جاز) لان هذا بيع مفيد فان الثوب قبل هذا البيع من الشركة بينهما وبمد هذا البيع يختص المشتري بملكه فانه لو اشترى ثوبا لكسوته من أجنبي يختص بملكه وكذلك اذا اشتراه من صاحبه والشرء اذا كان مفيداً كان صحيحاً كالمولى اذا اشترى شيئاً من كسب عبده المأذون المديون لنفسه أو رب المال اذا اشترى شيئاً من مال المضاربة من المضارب كان صحيحاً . قال (وكذلك لو باعه جارية ليطأها أو طعماً يجعله رزقاً لاهله فهذا البيع مفيد يجب به الثمن) ثم نصف الثمن له ونصفه لشريكه كما لو باعه من أجنبي آخر . قال (واذا اشترى شيئاً من ذلك أحدهما من صاحبه للتجارة كان باطلاً) لان هذا العقد غير مفيد فان العين قبل هذا العقد من شركتهما وبعده كذلك والعقد اذا لم يكن مفيداً كان باطلاً لان العقود الشرعية أسباب مشروعة للفائدة فاذا خلت منها كانت لغواً واللفو لا يكون مشروعاً * وان كان لأحدهما عبد ميراث فاشتراه الاخر للتجارة كان جائزاً لانه مفيد فانه يدخل به في المفاوضة ما لم يكن فيها ولا يفسد المفاوضة حتي يقبض الثمن لان اختصاصه قبل القبض بملك الدين فاذا قبض الثمن فقد اختص بملك مال يصلح ان يكون رأس مال في الشركة فتبطل المفاوضة (وكذلك) ان كانت أمة لأحدهما ميراثا اشتراها الاخر منه ليطأها . قال (واذا ارتد أحد المتفاوضين ولحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة بينهما) لان القاضي لما قضى بلحاقه بدار الحرب حتي يقسم ماله بين ورثته والمفاوضة تبطل بالموت حقيقة فكذلك اذا فقد موته حكماً ولانه صار حريباً ولا عصمة بين الحربي في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام ألا ترى ان ابتداء المفاوضة بينهما لا يجوز وكذلك لا يبق وان رجع مسلماً قبل ان يقضى القاضي بلحاقه كان على الشركة لان اللحاق بدار الحرب قبل ان يتصل به قضاء القاضي بمنزلة الغيبة فلا تقطع الشركة ولانه بمنزلة التوكيل لصاحبه والوكالة لا تبطل برودة الوكيل ولحاقه ما لم يقض القاضي به وكذلك المفاوضة وشركة العنان فان حكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب ثم رجع مسلماً فلا شركة بينهما لانها قد انقطعت بتحويل القاضي اياه حين قضي بلحاقه وفي ردة الوكيل والموكل اختلاف وكلام قد بيناه في كتاب الوكالة . قال (واذا ارتد ولم يلتحق بدار الحرب ثم أقر بدين ثم قتل على ردة لم يلزمه ذلك الدين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى)

لان الاقرار تصرف منه في حال رده وكان موقوفا عنده ويبطل اذا قتل كسائر تصرفاته
 وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يلزمه كما يلزم شريك العنان لان عندهما شركة
 العنان تصح من المرتد فكذلك تبقى بعد رده وأما المفاوضة فتوقف من المرتد عندهما اذا
 باشره ابتداء وكذلك اذا ارتد بعد المفاوضة يتوقف من المرتد عندهما تلك الزيادة فاذا قتل
 أو لحق بدار الحرب بطلت الزيادة وانما بقيت شركة العنان بينهما الى وقت موته قال (ويبيع
 أحد شريكي العنان وشراؤه واقاره بالدين بحجة التجارة جائز على شريكه) وكذا اذا فعل
 المرتد ذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ان أقر المسلم منهما بدين لزمه ذلك في حقه
 وتوقف أمر المرتد فان أسلم لزمه ما أقر به المسلم لبقاء الشركة بينهما وان مات أو قتل على
 رده لم يلزمه من ذلك شيء وكذلك ما أقر به المرتد الا ان أصله اقرار المرتد موقوف واذا
 قتل بطل كسائر تصرفاته وأصل اقرار المسلم صحيح في حقه وانما يتوقف بثبوت حكمه
 في حق المرتد على اسلامه فاذا قتل أو مات بطل ذلك ويبقى المسلم مطالبا به. قال (واذا باع
 أحد المتفاوضين متاعا ثم افترقا ولم يعلم المشتري باقتراحهما فلكل واحد منهما ان يقبض الثمن
 كله) لان بيع أحدهما في حال قيام المفاوضة مثبت على حق قبض الثمن لصاحبه فلا يبطل
 ذلك باقتراحهما ما لم يعلم به المشتري حتى اذا قضى الثمن أحدهما وهو لا يعلم بالفرقة برئ
 لانه بالعقد استحق براءة ذمته عند دفع الثمن الى أحدهما فلا يبطل ذلك باقتراحهما ما لم يعلم
 به وهذا لان المشتري ينزله الوكيل من جهة البائع في تسليم الثمن الى شريكه فهما بالافتراق
 قصدا عزله عن الوكالة وعزل الوكالة قصدا لا يثبت في حق من لم يعلم به حتى اذا علم بالفرقة
 لم يكن له ان يدفع جميع المال الا الى الذي ولى البيع لان حكم العزل يثبت في حقه لما علم
 به اذا لا ضرر عليه في ذلك وهو بخلاف ما اذا مات البائع لان موت الموكل يوجب عزل
 الوكيل حكما لتحول ملكه الى وارثه ولا يتوقف بثبوت حكمه على العلم به. ألا ترى أن
 الوكيل ينزل بموت موكله وان لم يعلم به بخلاف ما اذا عزله قصدا. قال (وان وجد
 المشتري به عيبا لم يكن له ان يخاصم الا الذي ولى البيع) لان الشركة قد انقطعت والخصومة
 في العيب من حقوق العقد فانما يتعلق بالعقد خاصة ثم يرجع العاقد بنصف ذلك على شريكه
 لانه في النصف كان وكيفا فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيه. قال (ولو كان رده على
 شريكه بالعيب قبل الفرقة وحكم له عليه بالثمن أو بتقصان العيب عند تعذر الرد ثم افترقا كان

له ان يأخذ أيهما شاء) لان هذا دين لزم أحدهما في حال قيام الشركة فصار الاخر مطالبا
بحكم الكفالة فافتراقهما لا يبطل حق صاحب الدين عن مطالبة كل واحد منهما كسائر
الديون . قال (ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها كان له ان يأخذ بالثمن
أيهما شاء) لان البيع في المستحق كان موقوفا فيبطل من الاصل بإبطال المستحق وتبين ان
رد الثمن كان واجبا عليهما قبل افتراقهما وكان للمشتري ان يطالب بالثمن أيهما شاء فأما بالرد
بالعيب بعد الفرقة لا يتبين بطلان البيع من الاصل ولكنه كان صحيحا الى وقت الرد وانما
وجب الثمن علي البائع حين رد عليه المبيع واذا كان الرد بعد الفرقة فليس للمشتري ان
يطالب به الاخر . قال (رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك في الخياطة
مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل أيهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما) لان كل
واحد منهما بمنزلة صاحبه فيما لزمه ما بقيت الشركة بينهما ﴿ فان قيل ﴾ عمل الخياطة مستحق
علي من باشر السبب والاخر بمنزلة صاحبه الكفيل عنه فاذا شرط علي الخياط ان يخيط
بنفسه لم يجز كفالة الغير عنه فلا تطالب الكفيل به ﴿ قلنا ﴾ ما بقيت المفاوضة بينهما فهما
كشخص واحد وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه فيما تقتضيه المفاوضة لان المساواة التي
هي ركن المفاوضة لا تتحقق الا به فلا تظهر معنى الكفالة قبل الفرقة وانما تظهر بعد الفرقة
فلا جرم اذا تفرقا أومات الذي قبض الثوب لم يؤخذ الاخر بالعمل لان الموجب للاتحاد
هو الشركة وقد انقطعت وانما بقي معنى الكفالة فكان الشرط علي الخياط فلا يطالب
الاحسن بحكم الكفالة واذا مات الذي قبل بطل هذا التقبل لفوات المعقود عليه وهذا
نظير ما لو دفع ثوبا الى الخياط ليخيط بنفسه وأخذ منه كفيلا بالخياطة لم يجز ذلك وان
لم يكن شرط عليه ان يخيط بنفسه جازت الكفالة لان الكفالة بمضمون بما تجرى النيابة في
ايفائه صحيح وبما لا تجرى النيابة في ايفائه باطل واذا شرط علي الخياط العمل بنفسه هذا
لا تجرى النيابة في ايفائه واذا لم يشترط ذلك عليه فهذا تجرى النيابة في ايفائه فتصح الكفالة
وبعد صحتها اذا مات الخياط برئ الكفيل لان الاجازة قد انقطعت بموت الخياط وبراءة
الاصيل توجب براءة الكفيل وكذلك هذا في كراء الابل اذا مات الجمال برئ الكفيل
لان الاجازة قد انقطعت بموته . قال (واذا كان بين رجلين كره حنطة وكر شعير ولم يأمر
أحدهما صاحبه ببيعه فاستعار أحدهما دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها الاخر الشعير

بغير أمره كان ضامنا للدابة ولحصة صاحبه من الشعير لان الشركة بينهما شركة ملك و كل واحد منهما في التصرف كالأجنبي من صاحبه فيكون غاصبا للدابة ولنصيب شريكه من الشعير يحمله على الدابة فلهذا يضمن قيمة الدابة ونصيب صاحبه من الشعير اذا تلفت بحمله وليس هذا كشريك العنان والمفاوض لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الحمل كما أنه وكيل صاحبه في التجارة فلهذا لم يكن ضامنا. ثم ختم الباب في الاصل بما اذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة وليس لهما مال على أن يشتريا بوجوههما أو يعملأ بأبدانهما وقد بينا جواز المفاوضة في هذين النوعين من الشركة كالعنان الا ان في المفاوضة لا يجوز اشتراط التفاوت بينهما وفي العنان لا يجوز ذلك في شركة الوجوه الا أن يشترطا التفاوت في ملك المشتري وفي القبل يصح منهما اشتراط التفاوت وبعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله يقول لافرق وتأويل ذلك انه ان اشترطا التفاوت في القبل فاما مع اشتراط التساوي في أصل القبل لا يصح منهما اشتراط التفاوت في الربح ولكن هذا بعيد لانه ذكر قبل هذا وفي النوادر أيضا أن الربح بينهما على الشرط والوضعية بينهما نصفان ولو كان التفاوت بينهما في أصل القبل لكانت الوضعية على ذلك ولكن الفرق من وجهين (أحدهما) ان في القبل هما تابعان للعمل فقد يكون بينهما تفاوت في العمل فيصح منهما اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه هما متساويان بثن في ذمتهم فمع التساوي في ملك المشتري لا يصح منهما شرط التفاوت في الربح وتوضيح الفرق أن المنافع انما تقوم بالعقد فمنفعة كل واحد منهما تقوم بقدر ما شرط لنفسه من الربح بخلاف عين المشتري فانه يتقوم بنفسه فلا يصح من أحدهما اشتراط شيء من ربح مال صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان واذا قبل العمل أحدهما فان كانا متفاوضين فلا اشكال ان الآخر مطالب بذلك فاما اذا كانت الشركة بينهما مطلقة فقد ذكر في النوادر قياسا واستحسانا في هذا الفصل في القياس لا يطالب الا من قبل لان الشركة بينهما عنان وذلك لا يتضمن الكفالة ألا ترى انه لو أقر أحدهما بدين الانسان لا يطالب الاخر به فكذلك اذا قبل العمل وفي الاستحسان يكون الآخر مطالباً به لان هذا القبل مقصود بالشركة قفياً هو المقصود يقوم كل واحد منهما مقام صاحبه ويكونان فيه بمنزلة المتفاوضين وعلى هذا اذا عمل أحدهما كان للآخر أن يطالب بالآجر استحسانا لانه هو المقصود بعقدتهما . ويان كونه مقصوداً أن

الشركة التي بينهما لا تنفك عن هذا بخلاف الاقرار في الدين وذكر الشارح عن أبي يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما ضامن لما جنت يد أحدهما استحسانا أيضا وأنه لو ادعى عينا في يدهما على أحدهما أنه تقبل العمل فيه فأقربه نفذ اقراره في نصيب شريكه أيضا استحسانا ومحمد رحمه الله في هذين الفصلين يأخذ بالقياس فيقول اقراره بالعين كاقاراره بالدين وما يتلف بجنابة في يده بمنزلة غصبه واستهلاكه والشركة بينهما قد تنفك عن ذلك فلا يطالب الشريك بشيء من ذلك وأبو يوسف رحمه الله أخذ بالاستحسان لأن وجوب ضمان ما جنت يده باعتبار العمل وما في العمل كالمفاوضين فكذلك فيما يجب باعتباره له أو عليه وكذلك الاقرار بالعين فإن الشركة لا تنفك من ذلك لأن من يسلم إلى أحدهما العمل فلا بد له من أن يسلم إليه محل العمل وما يتقبله أحدهما يثبت عليه يدهما عند إقامة العمل فإذا لم يصح اقراره في حق شريكه يحذر الناس من المعاملة مع كل واحد منهما فلهم أخذنا بالاستحسان والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الشركة الفاسدة ﴾

قال (وإذا اشترك الرجلان على أن يحتطبا الحطب يبيعانه فما باعاه فهو بينهما نصفان كانت هذه الشركة فاسدة) لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة فلا تصح فيما لا تجوز الوكالة فيه ولو وكل انسانا بأن يحتطب له لم يصح التوكيل وكان الحطب الذي لم يحتطب دون الموكل فكذلك الشركة لأن كل واحد منهما في المعنى يوكل صاحبه بمباشرة بعض ذلك العمل له ولأن الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك للمكتسب وكل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له فيه أو يصير كل واحد منهما كالمفاوض مع صاحبه بنصف ما يكتسبه صاحبه وهذا مفاوضة في المجهول فلا تكون صحيحة ولكل واحد منهما ما احتطب وثمنه إذا باع لأن البذل يملك بملك الاصل فان احتطب أحدهما وأعانه الآخر فله أجر مثله على الذي احتطب لأنه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فيلزمه أجر مثله ولا يجاوز به نصف الثمن في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالنأ ما بلغ فأبو يوسف رحمه الله يقول قد رضى هذا بنصف المسمى فيعتبر رضاه في اسقاط حقه في المطالبة بالزيادة على ذلك . ألا ترى أنه لو استأجر

حمالا ليحمل له حنطة الى موضع كذا بقفيز منها فحملها كان له أجر مثله لا يجاوز به ما سمي
 وهذا لان تقدم المنفعة باعتبار العقد والتسمية اذ المنافع لا تقوم بنفسها بغير العقد وفيما زاد
 علي المسمى لم توجد التسمية ومحمد رحمه الله تعالى يقول المسمى مجهول الجنس والقدر فانه
 لا يدري أى نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئاً أم لا والرضا بالمجهول لا يصح
 فاذا سقط اعتبار رضاه بقيت منافعه مستوفاة بعقد فاسد فله أجر مثله بالغاً ما بلغ فاذا أصاب
 شيئاً أولى بخلاف حمل الحنطة فان القفيز منها معلوم فاعتبر رضاه بالمعلوم فهذا لا يجاوز به
 المسمى وعلي هذه الشركة في سائر المباحات نحو احتشاش الحشيش واجتناء الثمار من الجبال
 والبرادى من الجوز والفسق وغيرهما فاذا عملا ذلك وخاطاه ثم باعا قسم الثمن على كيل ووزن
 ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا أو وزنيا لان كل واحد منهما كان مالكا لما أصابه والثمن
 في البيع انما يقسم على ماليه المعقود عليه وماليه المكيل والموزون تعرف بالكيل والوزن
 فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك واذا لم يكن كيليا أو وزنيا يقسم الثمن على قيمة ما كان لكل
 واحد منهما لان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة واذا لم يعرف مقدار
 ما كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما في النصف لانهما استويا في الاكتساب وقد
 كان المكتسب في أيديهما وكل واحد منهما في دعواه الى النصف انما يدعى ما كان في يده
 والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق في الزيادة على النصف الا بينة لانه يدعى
 خلاف ما يشهد له الظاهر ولانه يدعى شيئاً كان في يد صاحبه ولا يستحق المرء ما في يد
 غيره بدعواه الا ان يقيم البينة عليه وكذلك الشركة بنقل الطين وبيعه من أرض لا يملكها
 أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك لان التوكيل في هذه الاشياء لا يجوز فانها
 على أصل الاباحة والناس فيها سواء فكذلك الشركة وكذلك ان اشتركا على أن ما يلبنان من طين
 لا يملكه أحداً أو يطبخانه آجراً أو يشركان على طلب الكنوز أو على الاصطياد فهذا كله مما لا
 يصح التوكيل به اسكون أصله مباحا غير مملوك فكذلك الشركة فيه . قال (وان كان من طين
 النورة مملوكا فاشتركا على أن يشتريا منه ويطبخانه فهو جائز) لانه ان كان بينهما رأس مال
 فهو شركة العنان وان لم يكن فهو شركة الوجوه في هذا النوع وقد بينا جواز كل واحد
 منهما وكذلك سهولة الزجاج اذا اشتركا على شيء يشترياه من ذلك جاز وان اشتركا على شيء
 لا يشترياه بل هو مباح الاصل فهو فاسد لما قلنا واذا اشتركا في الاصطياد فنصبنا شبكة أو

أرسل كلاهما فالصيد بينهما نصفان لاستوائيهما في السبب الموجب للملك وهو الاصطياد
وان كان الكلب لاحدهما فأرسله جميعاً فالصيد لصاحب الكلب خاصة وان كان لكل
واحد منهما كلب فأرسل كل واحد كلبه فان أصاب كل كلب صيداً على حدة كان ذلك
الصيد لصاحبه وان أصابا صيداً واحداً فهو بينهما نصفان وان أصاب أحدهما صيداً فأثخنه
ثم جاء الآخر فأعانه فهو لصاحب الكلب الاول فان لم يكن الاول أثخنه حتى جاء الآخر
فأثخنه فهو بينهما نصفان لان الارسال اذا وجد من صاحب الكلب فقد تم السبب
الموجب للملك وهو الاصطياد والآخر معين له في ذلك . قال (واذا أرسل كل واحد
منهما كلبه فان أصابا صيداً واحداً فقد استوى المالكان في سبب الاستحقاق وان أصابه
أحد الكلبيين فأثخنه فقد تم أخذه) لانه أخرجه بفعله من ان يكون صيداً وان أثخنه
جميعاً فقد تقرر المساواة بينهما في السبب فكان بينهما نصفين . قال (وان اشتركا
ولاحدهما بغل وللآخر بعير علي ان يؤاجرا ذلك فمارزقهما الله تعالى من شئ فهو بينهما
نصفان فهذا فاسد) لان كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بان يؤاجر دابته ليكون
نصف الأجر له وهذا التوكيل باطل فانه لو قال أجر دابتك علي أن يكون جميع الأجر لي
كان باطلاً فكذلك اذا قال علي أن يكون نصف الأجر لي وهذا لان بدل المنفعة يعتبر ببذل
العين وكذلك اذا قال بع دابتك علي أن يكون نصف ثمنها لي كان باطلاً فكذلك في
الاجارة واذا ثبت أن التوكيل بهذه الصفة لا يصح فكذلك الشركة والمعنى في الكل
واحد وهو أن التوكيل انما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرة قبل التوكيل والمالك يبيع دابته
ويؤاجرها قبل التوكيل وكذلك كل أحد يملك عند المباح قبل التوكيل فلماذا بطل التوكيل
في جميع ذلك ولان هذا في معنى الشركة بالعروض لان منفعة العين نظراً لغبن لانه يتعين
في العقد وقد بينا أن الشركة في العروض لا تصح فان أجراهما جميعاً بأجر معلوم في عمل
معلوم قسم الأجر بينهما علي مثل أجر البغل وأجر البعير لان الأجر بدل المنفعة للدابتين
وأجر المثل في المنفعة كالقيمة في العين فكما لو باعا الدابتين قسم الثمن بينهما علي قيمة كل واحد
منهما فكذلك اذا أجراهما . ولو تقبلا حمولة معلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والبعير
فالأجر بينهما نصفان لان استحقاق الأجر بتقبل العمل وقد استويا في ذلك وان اجر البعير
بعينه كان الأجر لصاحبه لانه بدل منفعة دابته فان كان الآخر أعانه علي الحمولة والنقلان

كان له أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الذي أجر في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى
 وقال محمد رحمه الله تعالى عليه أجر مثله بالغاً ما بلغ وهذه المسألة الأولى سواء . قال
 (وليست الشركة في اجارة الدواب بأعينها مثل الشركة في عمل أيديهما بأدائهما) حتى
 اذا اشترك قصاران لاحدهما أداة القصارين والآخر بيت على ان يعمل بأداة هذا في بيت
 هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزاً لان استحقاق الاجر هناك باعتبار تقبل
 العمل والعمل بالتقبل يصير مضموناً على كل واحد منهما والتوكيل في ذلك صحيح فكذلك
 الشركة وهنا استحقاق الاجر بمقابلة منفعة الدابة فاذا كان كل واحد منهما مختصاً بملك
 منفعة دابته لم يجز للشركة بينهما فيهما . قال (ولو اشترك رجلان لاحدهما دابة والآخر لكاف
 وجواليق على أن يؤجر الدابة على أن الاجر بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة) لانها في
 معنى الشركة بالعروض بطريق اعتبار المنفعة بالعين ولان التوكيل في مثله لا يصح فان أجر
 الدابة كان الاجر لصاحبها ولا يقبل معه أجر مثله لان الاجر بمقابلة منفعة الدابة فان الحمل
 على الدابة هو المقصود فأما الاكاف والجواليق يتأتى الحمل بدونهما فلا يقابلها شيء من
 البديل فكان الاجر كله لصاحب الدابة وقد أعانه الآخر بنفسه وأدابه بحكم عقد فاسد
 فله أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى ولا يجاوز به نصف أجر الدابة عند أبي
 يوسف رحمه الله تعالى . قال (رجل دفع دابته الى رجل يؤجرها على ان ما أجرها به من
 شيء فهو بينهما نصفان فهذه الشركة فاسدة) اعتباراً للعقد الوارد على المنفعة به بالعقد الوارد
 على الدين ولو دفع الدابة اليه لبيعها على ان الثمن بينهما نصفان كان فاسداً فكذلك الاجارة
 والاجر كله لرب الدابة ولان المدفوع اليه وكيله في اجارتها واجارة الوكيل كاجارة الموكل
 وللذي أجرها أجر مثله لانه ابتغى عن منافعتها عوضاً ولم ينل ذلك لفساد العقد فكان له
 أجر مثله وكذلك السفينة والبيت بمنزلة الدابة في ذلك . قال (ولو دفع اليه دابة يبيع عليها
 البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان فهذه شركة فاسدة بمنزلة الشركة بالعروض) فان
 رأس مال أحدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة دابته فاذا فسدت شركته فالربح لصاحب
 البر والطعام لانه بدل ملكه فان الثمن بدل المعقود عليه لا بد ما حمل عليه من المعقود عليه
 ولصاحب الدابة أجر مثلها لانه شرط لنفسه عوضاً عن منفعة دابته ولم ينل ذلك العوض
 فاستوجب أجر المثل على من استوفى منفعتها بحكم عقد فاسد وكذلك البيت والسفينة

في هذه كالدابة اعتبارا لمنفعة العين بالعين والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿ كتاب الصيد ﴾

قال (الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : إعلم بان الاصطياد مباح في الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حلتكم فاصطادوا وأدنى درجات صفة الامر الاباحة وقال الله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والسنة قوله صلى الله عليه وسلم الصيد لمن أخذه فعلى هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع فسيبه يكون مشروعاً وهو نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً ويستوى ان كان الصيد مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لما في اصطاده من تحصيل المنفعة بجلده أو دفع أذاه عن الناس . والحيوانات نوعان . نوع منها مالا دم له فلا يحل تناول شيء منها الا السمك والجراد لان شرط تناول الحيوانات الذكاة شرعاً وذلك لا يتحقق له فيما لادم له الا أن السمك والجراد مستثنى بالنص مما شرط فيه الذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال . وماله دم نوعان مستأنس ومستوحش فالذي يحل تناوله من المستأنس بالاتفاق الانعام وهي الابل والبقر والغنم والدجاج وذلك ثابت بالكتاب قال الله تعالى والانعام خلقها لكم فيها ذكاً ومنافع ومنها تأكلون وقال تعالى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون وفيما سواها من المتأنس نبيته في موضعه ان شاء الله تعالى . والمستوحش نوعان منها صيد البحر لا يحل تناول شيء منها سوي السمك ومنها صيد البر ويحل تناولها الا ماله ناب أو مخب لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخب من الطير ولمنع الخبث فيهما فان من طبعهما الاختطاف والانتهاز فلا بد من ظهور أثر ذلك في خلق المتناول للغذاء من الاثر في ذلك كما قال صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى والمستخبث حرام بالنص لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولهذا حرم تناول الحشرات فانها مستخبثة طبعاً وانما أيسر لنا أكل الطيبات قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم فقد أكرم المؤمنين بهذا الخطاب حيث خاطبهم بما خاطب به الرسل صلوات الله وسلامه عليهم حيث

قال يا أيها الرسل كلوا من الطيبات الآية ثم شرط حل تناول منها فيما يحل منها بالذكاة
قال الله تعالى الا ما ذكيتم وزعم بعض العراقيين من مشايخنا رحمهم الله أن الذبح والتذكية
محذور بالعقل لما فيها من ايلام الحيوان وهذا عندى باطل فقد كان رسول الله صلى الله عليه
وسلم يتناول من اللحم قبل مبعثه ولا يظن أنه كان يتناول ذبائح المشركين لانهم كانوا
يذبحون باسم الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما هو محذور عقلا
كالظلم والكذب والسفه فانه لا يجوز أن يظن به أنه فعل ذلك قط . ثم في الذبح والاصطياد
تحصيل منفعة الغذاء لمن هو المقصود من الحيوانات وهو الآدمي فيكون ذلك سبباً مباحاً
اليه وأشار الله تعالى في قوله هو الذي خلق لكم في الارض جميعاً والايلام لهذا المقصود
فلا يكون محظوراً عقلا كالفصد والحجامة مندوب وشرب الادوية الكريهة في وقتها .
والذكاة لغة التوقد والتلهب الذي يحدث في الحيوان بحدة لادلة سميت الشمس ذكاء لشدّة
الحرارة وسمى الرجل الذي في خاطره حدة ذكياً فهذا يتبين ان اشتراط الذكاة لتطيب
اللحم به فانه نوع نضج ولهذا كان المذكي أطيب لحماً من الميتة وأبعد من النيس والفساد
. وقيل الذكاة عبارة عن تسيل الدم الفاسد النجس فان المحرم في الحيوان الدم المسفوح قال
الله تعالى في جملة المحرمات أو دمًا مسفوحاً فكانت الذكاة ازالة للخبث وتطيباً بتميز
الطاهر من النجس وهو نوعان الذبح في المذبح عند القدرة عليه قال صلى الله عليه وسلم الذكاة
ما بين اللبة واللحين وبالجرح في أى موضع أصابه عند تعذر الذبح في المذبح ثم يحصل بعض
ذلك بالجرح والتكليف بحسب الوسع ففي كل موضع يكون الذبح في المذبح مقدوراً له
لا يثبت الحل الا به وفي كل موضع تعذر يقوم الجرح مقامه . ثم حل تناول بالاصطياد
مختص بشرائط (أحدها) أن يكون ما يصطاد به معلماً (والثاني) أن يكون جارحاً قال الله
تعالى (ومما علمتم من الجوارح مكلين تعلمونن مما علمكم الله) وفي معنى الجوارح قولان
(أحدهما) أن يكون جارحاً حقيقة بنابه ومخلبه (والثاني) الكواسب قال الله تعالى ويعلم
ما جرحتم بالنهار أى كسبتم ويمكن حملها عليها فنقول الشرط أن يكون من الكواسب التي
تخرج (والثالث) الارسال ثبت ذلك في السنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن
حاتم واذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان شارك كلبك كلب آخر
فلا تأكل . فلما حرم تناول عند عدم الارسال في أحد الكليين دل أن الارسال في ذلك

شرط ولان التذكية انما تكون موجبا للحل اذا حصل من الآدمي فلا بد من جعل آلة الصيد نابيا عن الآدمي ليحصل الحل بفعله وذلك لا يكون الا بالارسال واشترط كونه معلما لتحقيق الارسال فيه (والرابع) التسمية (والخامس) امساكه على صاحبه لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه ومطلق الامر مفيد للوجوب ولا يجب التسمية عند الاكل فعرفنا أن المراد به عند الارسال (والسادس) أن يكون الصيد مما يباح تناوله ويكون ممتنعا ومستوحشا (والسابع) أن لا يتواري عن بصره أولا يقعد عن طلبه حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره فلا يدري لعل موته كان بسبب آخر سوى جرح ما أرسله واليه أشار ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بقوله كل ما أمت ودع ما أئمت والامناء ما رأيته والايماء ما غاب عنك واذا قعد عن طلبه فلا يدري لعله لو تبعه وقع في يده حياء وقدر على ذبحه في المذبح وترك ذلك مع القدرة عليه محرم والاصل فيه انه متى اجتمع في الصيد لعل وعسى أن لا يحل تناوله . واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك . اذا عرفنا هذا فنقول كما يشترط فيما أرسله الصياد أن يكون خارجا فكذلك فيما يرمى به وبها الكتاب بيانه مروي عن ابراهيم رحمه الله اذا خرق المعراض فكل واذا لم يخرق فلا تأكل والمعراض سهم لانصل له الا أن يكون رأسه محددًا وقيل سهم لا ريش له فربما يصيب السهم عرضا يندق ولا يخرج وهو مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه سئل عن صيد المعراض فقال صلوات الله وسلامه عليه ما أصاب بحده فجرح فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل والخرق هو الخرق الا أن لفظة الخرق تستعمل فيما لا حياة له كالثوب ونحوه ولفظة الخرق تستعمل في الحيوانات وقد بينا أن الحل باعتبار تسهيل الدم النجس وذلك يحصل اذا خرق ولا يحصل اذا دق ولم يخرق فان ذلك في معنى الموقوذة وهو حرام بالنص (وذكر) عن رجل قال كانت لبعض أهل الحى نعامة فضر بها انسان فوقدها فالتقاها على كناسة وهى حية فسالنا سعيد بن جبير فقال ذكوها واكلوها وبه تقول فان الموقوذة اذا أدرك ذكاتها جازتناولها لقوله تعالى الا ما ذكيتم والحصول ماهو المقصود وهو تسهيل الدم النجس ومنه دليل اباحة تناول النعامة وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن الكلب يقتل الصيد فقال كل وان أكل الكلب منه فلا تأكل فانه

امسك على نفسه لانه يضرب حتى يترك الا كل وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله قالوا السكب اذا أكل من الصيد الذي أخذه يحرم تناوله وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحرم وهو أحد قولي الشافعي رضي الله تعالى عنه لحديث أبي ثعلبة الخشني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في صيد السكب كل وان أكل السكب منه ولانه تناول اللحم دون الصيد لانه يقتل الصيد أولا فيخرج من أن يكون صيدا وتناول السكب من لحم الصيد لا يحرم ما بقى منه على صاحبه كما لو قتل في غلابة صاحبه وتناول شيئا من القديد من لحم الصيد . وحجتنا في ذلك قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم وحين أكل منه فقد تبين انه أمسكه على نفسه لا على صاحبه حين لا يتركه حتى يشبع منه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لعدي بن حاتم رضي الله عنه فان أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه وتأويل حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه ان صح أنه كان قبل نزول الآية ثم انتسخ أو مراده اذا ولغ في دم الصيد وعندنا ذلك القدر لا يحرم ثم قد بينا ان ثبوت الحل بفعله باعتبار أنه نائب عن صاحبه وينعدم ذلك اذا أكل منه لانه تبين أن سعيه كان لمنفعة نفسه فهو كالأندم الارسال أصلا (ثم) ذكر عن ابن عباس رضي الله عنهما في البازي يقتل الصيد ويأكل منه قال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع أن تضربه حتى يترك الاكل وبه نأخذ وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تعالى البازي والسكب اذا أكل من الصيد لا يحل لما بينا أنه أمسك على نفسه وليس بنائب عن صاحبه ولكن الفرق بينهما عندنا علي وجهين (أحدهما) أن جثة السكب تحتل الضرب فيمكن أن يضرب ليدع الاكل وجثة البازي لا تحتل الضرب وقد بينا أن التكليف بحسب الوسع (والثاني) ان السكب ألوف وعلامته علمه أن يأتي بما يكون مخالفا لطبعه واجابته صاحبه اذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون دليلا على علمه بل يكون علامة علمه ترك الاكل عند حاجته اليه لان ذلك خلاف طبعه فاذا أكل منه لم يكن معلما والشرط في صيد السكب أن يكون معلما والبازي متنفر فأجابته صاحبه اذا دعاه خلاف طبعه فيجعل ذلك علامة علمه دون ترك الاكل فهو وان أكل منه فلا يتبين به أنه غير معلم ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه مستوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي السكب سواء فالمتعمد هو الاول وعن ابن عباس رضي الله عنهما في السكب يشرب من دم الصيد ولا يأكل منه فقال لا بأس بأكل الصيد وبه نأخذ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول يحرم بذلك

لان دم الصيد جزء منه كلحمه فتبين شربه من دمه أنه أمسكه على نفسه ولكننا نقول هذا
 دليل حذقه في كونه معلما لانه شرب ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه ولا يمنعه منه وأمسك
 عليه ما يعلم رغبته فيه فكان ذلك فكان دليل علمه وامساكه على صاحبه ما يحتاج اليه
 صاحبه ولا يحرم تناول الصيد بخلاف مالواكل من لحمه وعن ابراهيم رحمه الله في كلب
 المجوسى أو بازيه يصيد به المسلم قال لا بأس به لان الصيد مرسل الكلب لا مالك
 الكلب ومرسل الكلب مسلم من أهل التسمية والكلب آلة الاصطياد فاصطياد المسلم به
 يوجب الحل فان كان للمجوسى كاصطياده بقوسه وسهمه (وعنه) في الرجل يرسل كلبه
 فيذهب معه كلب آخر غير معلم فيرد عليه الصيد ويأخذ الصيد معه قال لا يؤكل وبه
 نأخذ لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه وان شارك كلبك كلب آخر
 فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولان ارسال الكلب من
 شرائطه الحل وانعدامه يوجب الحرمة والصيد صار مأخوذا بالكلين والاصل انه متى
 اجتمع موجب الحل وموجب الحرمة يغلب موجب للحرمة لقوله صلى الله عليه وسلم
 ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال وعن ابن مسعود رضى الله تعالى
 عنه قال من رمى صيدا اقتردى من جبل فلا يأكله فاني أخاف أن يكون التردى قتله وان رمى طيرا
 فوقع في ماء فلا تأكله فاني أخاف ان يكون الفرق قتله وبه نأخذ لما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل
 فانك لا تدري أن الماء قتله أم سهمك ولان التردى موجب للحرمة فان الله تعالى
 ذكر جملة المحرمات المتردية وعند اجتماع معنى موجب للحل ومعنى موجب للحرمة
 يغلب موجب للحرمة وهذا بخلاف ما لو رمى طيرا في الهواء فوقع على الارض ومات فانه
 يؤكل وان كان من الجائر أنه مات بوقوعه على الارض فان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه
 فيكون عفواً والتكليف بحسب الوسع بخلاف الوقوع في الماء والتردى من موضع فانه يستطاع
 الامتناع عنه ويستوى في ذلك طير الماء وغيره لان طير الماء يعيش في الماء غير مجروح فأما بعد
 الجرح يتوهم ان يكون الماء قاتلا له كما يتوهم بغيره وهذا بخلاف ما لو ذبح شاة وتردى
 بعد الذبح من موضع أو وقعت في ماء لان قطع الحلقوم والاداجز كاة مستقرة فانه يحادى
 بالموت عليه دون ما يتعرض بعده فأما الرمي ليس بركة مستقرة حتى اذا وقع الصيد في

يد الراى حيا لم يحل الا بالذبح فلهذا كان التردى من الجبل والوقوع فى الماء محرما له * وعن عبد الله بن يزيد قال سألت سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه عن شئ كان قوى يصفونه بالبادية ينصبون السنان فيصبح وقد قتل الضبع فقال لي وانك ممن يأكل الضبع قلت ما أكلتها قط فقال رجل عنده حدثنا أبو الدرداء رضى الله تعالى عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى خطفة ونهية ومجثمة وعن كل ذى ناب من السباع فقال ابن المسيب رضى الله تعالى عنه صدقت. وفي هذا دليل على أن الضبع غير مأكول اللحم وهو مذهبنا. وقال الامام الشافعى رحمه الله تعالى ولا بأس بأكل الضبع لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو قال نعم فقيل يؤكل لحمه قال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم. وحجتنا فى ذلك الحديث الذى رويناه وحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع ومخلب من الطير ولأنه ذو ناب يقاتل بنابه فلا يؤكل لحمه كالذئب وتأثيره ما ذكرنا أنه مستخث باعتبار ما فيه من القصد الى الاذى والبلادة فيدخل فى جملة قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث. وحديث جابر رضى الله تعالى عنه ان صح فتاويله انه كان فى زمن الابتداء ثم انتسخ بنزول الآية وهذا لان الحرمة ثابتة شرعا فما يروى من الحل يحمل على أنه كان قبل ثبوت الحرمة ولا خلاف فى أن الضبع صيد بحسب الجزاء على المحرم بقتله عندنا لانه صيد وعنده لانه مأكول اللحم فأما معنى حديث أبى الدرداء رضى الله عنه فالمراد بالخطف ما يختطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب والشاهين والمنهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب والفهد والنمر وفى ذكر هذين الموضعين اشارة الى معنى الحرمة حتى لا يسرى الى الاكل هذا الخلق الردى وفى المحتمة روايتان بالفتح والكسر ومعنى الرواية بالفتح ما يحتم عليه الكلب فيقتله غما لا جرحا فذلك الصيد حرام لانعدام معنى الذكاة فيه ومعنى الرواية بالكسر ما يحتم على الصيود كالذئب والاسد والفهد فانه غير مأكول ومعنى قوله وعن كل ذى ناب من السباع ما يقصد بنابه ويدفع به فأما أصل الناب يوجد لكل صيد ففرقنا ان المحرم ما بيننا. وعن ابراهيم رحمه الله تعالى قال كانوا يكرهون كل ذى مخلب من الطير وما أكل الجيف وبه نأخذ لان كل ما يأكل الجيف كالفرار والفراب الابقع مستخث طبعا فيدخل تحت قوله

ويحرم عليهم الجبائث (وعن) هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال ومن يأكله بعد ما سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقاً يريد به الحديث المعروف خمس فواسق يقتلهم المحرم في الحل والحرم وذكر الغراب من جملتها والمراد به ما يأكل الجيف وأما الغراب الزرعى الذي يلتقط الحب فهو طيب مباح لأنه غير مستخبث طبعاً وقد يألف الآدمي كالحمام فهو والعقق سواء ولا بأس بأكل العقق فان كان الغراب بحيث يخلط فياً كل الجيف تارة والحب تارة فقد روى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يكرهه لأنه اجتمع فيه الموجب للحل والموجب للحرم (وعن) أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه لا بأس بأكله وهو الصحيح على قياس الدجاجة فإنه لا بأس بأكلها وقد أكلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي قد تخلط أيضاً وهذا لأن ما يأكل الجيف فلحمه ينبت من الحرام فيكون خبيثاً عادة وهذا لا يوجد فيما يخلط. وعن ابن المسيب رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أن تنزع الشاة إذا ذبحت وبه تأخذ ومعناه أن يبالغ الذابح بالذبح حتى يبلغ بالسكين النخاع والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة وفي هذا زيادة إيلاء غير محتاج إليه والشرع نهى عن ذلك والاصل فيه حديث أبي الاشعث الصبغاني رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أن الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وإذا قتلتم فأحسنوا القتل وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته. والنخاع ليس من الاحسان في شيء وكان منهيًا عنه وروى كراهية ذلك عن عمرو بن عمر رضي الله تعالى عنهما حتى قال عمر رضي الله تعالى عنه لا تجروا المعجماء الى مذبحها برجلها وأحدوا الشفرة وأسرعوا الممر على الاوداج ولا تحفوا (وعن) مكحول رضي الله تعالى عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ذبح لم ينزع ولم يبد بسلخ حتى تبرد الشاة. وفي هذا دليل على أنه لا بأس للمرء أن يذبح بنفسه وأن ذلك ليس من ترك الترحم في شيء بخلاف ما قاله جهال المتكشفة وفيه دليل على أنه ينبغي للذابح أن يتحرز عن زيادة إيلاء غير محتاج إليه (وعن) عكرمة رضي الله عنه قال نظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل قد أضجع شاة وهو يحدد الشفرة وهي ملاحظة فقال عليه الصلاة والسلام أردت أن تميتها موتات. وبه تأخذ فنقول يكره له أن يحدد الشفرة بين يديها لما فيه من زيادة إيلاء غير محتاج إليه. وضرب عمر رضي الله عنه من رآه يفعل ذلك بالدرة حتى هرب وشردت الشاة ورأي رسول الله صلى

الله عليه وسلم رجلا وقد أخذ أذن شاة وهو يجريها الى المذبح فقال قدها الى الموت قودا رفيقا
وفي رواية قال خذ ساقها فان الله يرحم من عباده الرحماء والمعنى أنها تعرف ما يراد بها كما
جاء في الخبر أبهت البهائم الا عن أربعة خالقها ورازقها وحفها وسفادها فاذا كانت تعرف
ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها ففيه زيادة ايلام غير محتاج اليه وكذلك اذا لم يحد الشفرة
ولكن الشاة لا تحرم بشئ من هذا لان ما هو المطلوب من الذكاة وهي تسيل الدم النجس
منها قد وجد والنهي لمعنى في غير المنهى عنه فلا يكون موجبا للحرمة وقد وجد (وعن)
رافع بن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما أنهر الدم وأفرى الاوداج
فكل ما عدا السن والظفر والعظم فانها مدى الحبشة والمراد بيان آلة الذبح وفيه دليل أنه
يشترط للذكاة آلة محددة يحصل بها إنهار الدم وإفراؤ الاوداج والانهار التسييل ومنه
سمى النهر لان الماء يسيل فيه والنهار تجرى فيه الشمس بمرأى العين من العباد والافراء
القطع والمراد بالاوداج الحلقوم والمرى والودجان . وفي هذا بيان ان المطلوب من الذكاة
تمييز الطاهر من النجس بتسييل الدم من الحيوان والمراد بما استثنى من السن والظفر المركب
لانه باستعمال ذلك يصير قاتلا لا ذابحا فانها منه وآلة الذبح غير الذابح وانما يحصل بانقطاع
الاوداج بالقوة لا بحدة الآلة ألا ترى أنه قال فانها مدى الحبشة وهم انما يعتادون الذبح
بسن أنفسهم وظفر أنفسهم وذلك يحرم بالاتفاق فأما في الذبح بالسن المقلوعة والظفر المنزوعة
والعظم المنفصل اذا كان محدودا باختلاف بنيته (وعن) عامر قال لا بأس بذبيحة الاخرس
اذا كان من أهل الاسلام أو من أهل الكتاب وبه تأخذ فان اشارة الاخرس وتحريكه
الشفقين بمنزلة البسمة من الناطق ألا ترى أنه يصير به شارعا في الصلاة كما يكون الناطق
شارعا بالتكبير ثم الاهلية للذبح يكون للذابح من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك
باعقاده التوحيد والاخرس معتقد لذلك ثم المحرم بعده الاعراض عن التسمية ولا يتحقق
الاعراض من الاخرس فعذره أبلغ من عذر الناسى واذا كان بعذر النسيان ينعدم الاعراض
فبعذر الاخرس أولى (وعن) علي رضي الله عنه في الرجل اذا ذبح الشاة أو الطير فقطع رأسه قال
لا بأس بأكله (وعنه) أنه قال تلك ذكاة وحية أى سريعة (وعن) عمران بن حصين رضي الله
عنه أنه سئل عن رجل ضرب عنق بطة بالسيف فسبق فأماته قال يؤكل وبه تأخذ لانه أتى
بما هو المحتاج اليه وهو قطع الحلقوم والاوداج وزاد على ذلك الا أنه بدأ بالقطع من قبل

الحلق حتى أبان رأسه فلا يشك في إباحتها أكله ويكره هذا الصنيع لأنه زيادة إيلاء غير محتاج إليه وإن بدأ من قبل القفا فإن قطع الحلقوم والوداج قبل أن تموت الشاة حلت فإن ماتت قبل أن تقطع الحلقوم والوداج لم تؤكل لأن فعل الذكاة بقطع الحلقوم والوداج عند القدرة وإن ماتت بفعل ليس بذكاة شرعا وذلك موجب للحرمة بخلاف ما إذا مات قبل قطع الحلقوم والوداج (وعن) سعيد بن المسيب رضي الله عنه قال الذكاة ما بين اللبة واللحين وبه نأخذ وقد روي هذا اللفظ عن النبي صلى الله عليه وسلم والمراد بيان محل الذكاة عند الاختيار وفيه دليل على أن أعلى الحلق وأوسطه وأسفله سواء في ذلك لأن الكل في المعنى المطلوب بالذكاة سواء (وعن) إبراهيم رحمه الله تعالى قال إذا ذبحت فلا تذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وهكذا نقل عن ابن مسعود رضي الله عنه قال جردوا التسمية عند الذبح والاصل فيه قوله تعالى (فلا تدعوا مع الله أحدا) وإن أهل الجاهلية كانوا يذكرون آلهتهم عند الذبح فحرم ذلك الشرع بقوله وما أهل به لغير الله وأمر بتسمية الله تعالى عند الذبح على الخلوص لمخالفة المشركين فلا ينبغي أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وإذا أراد أن يدعو فيقول اللهم تقبل من فلان ينبغي أن يقدم ذلك على فعل الذبح أو يؤخره عنه فأما مع الحر لا يذكر غير اسم الله تعالى وهو تأويل الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لما مضى عن أمته قال هذا عمن شهد لي بالبلاغ إلى يوم القيامة إنما قال بعد الذبح لأمته (وعن) رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيرا من أبل الصدقة قد نذر فرماه رجل بسهم وسمى فقتله فقال صلى الله عليه وسلم إن لها أوابدا كأوابد الوحش فإذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا به كما فعلتم بهذا ثم كلوه . وبه نأخذ فنقول عند تعذر الحل بذكاة الاختيار يثبت الحل بذكاة الاضطرار وذلك بالجرح في أي موضع أصابه ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم إن لها أوابدا كأوابد الوحش أي أن لها تنفرا واستيحاشا كما يكون الوحش إلا أن الأغلب من حالها الألف والوحش أغلب حاله التوحش فإذا صار ألوف التحق بما هو ألوف غالبا وإذا توحش التحق بالوحش غالبا والمراد بأبل الصدقة ما يؤخذ بالصدقة أو ما كان ينجر لاطعام المساكين وقد كان ذلك معروفا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده (وعن) عتبة بن رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيرا تردى في نهر بالمدينة فوجى من قبل خاصرته فأخذ منه ابن عمر رضي الله عنهما عسيرا بدرهمين وفي هذا دليل أن الحل يثبت بذكاة الاضطرار عند تعذر الذكاة بالاختيار وأنه لا

فرق بين أن يتعذر ذلك بتوحشه وبين أن يتعذر سقوطه في مهوى فان ابن عمر رضي الله
 عنهما مع زهده وتفرده رغب في الشراء منه والعسير تصغير العسير وقد روى عسيرة وهو
 سواد البطن والاول أصح (وعن) ابراهيم رحمه الله قال اذا تردى بعير في بئر ولم يقدر
 أن ينحروه فمن حيث نحر فهو له ذكاة. في هذا بيان أن السنة في البعير النحر وفي البقر
 والغنم الذبح وبه نطق الكتاب قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله
 يأمركم أن تذبحوا بقرة) وقال الله تعالى (وفديناه بذبح عظيم) والمراد الشاة والذي جاء في
 الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحرنا البدنة على عهد رسول الله صلى الله عليه
 وسلم عن سبعة والبقرة عن -بعة معناه وذبحنا البقرة عن سبعة ومثل هذا الاضمار مع العطف
 معلوم في لسان العرب قال القائل * علفها تبنا وماء بارداً * أى وسقيتها ماء بارداً لان الماء
 لا يعلف وعن علي رضي الله عنه قال ذكاة السمك والجراد أخذه ومراده بيان أن الذكاة
 ليست بشرط فيهما بل يثبت الحل فيهما بالاخذ من غير ذكاة ألا ترى أنه لا تثبت الحرمة
 بكون الآخذ مجوياً أو وثنيا وما يشترط فيه الذكاة يشترط فيه الاهلية للمذكي وحيث
 لم يشترط في السمك والجراد عرفنا ان الذكاة فيهما ليست بشرط كما قال صلى الله عليه وسلم
 أحلت لنا ميتتان ودمان وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض
 وفيه الميت وغيره قال كله كله وفي بعض الروايات كله كله فاللفظ الاول تكرار للمبالغة
 والثاني بيان أنه يؤكل كله وبه نأخذ وان الجراد وان وجد ميتاً فلا بأس بأكله لان موته
 لا بد أن يكون بسبب فانه بحري الاصل برى المعاش كما قيل ان يبض السمك اذا انحصر
 عنه الماء يصير جراداً فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله واذا مات في الماء فقد مات
 في غير موضع معاشه وذلك - بسبب لموته والدليل على إباحة أكل الجراد ما روى أن مريم رضي
 الله عنها - ألت لحماً هشاً فرزقت الجراد وأن عمر رضي الله عنه كان مولعاً بأكل الجراد حتى
 قال يوماً في مجلسه ليت لنا قصعة من جراد فنأكله أو قال نقعة (وعن) عمرة قالت خرجت
 مع وليدة لنا فاشترينا خريته بقفيز من حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب
 وذنبها من جانب فمر بنا علي رضي الله عنه فقال لي بكم أخذت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه
 وأوسعها للعيال في هذا الحديث دليل على ان الجراد مأكول وبه نأخذ وهو مروي عن
 ابن عباس رضي الله عنهما فانه سئل عن الخريت فقال فأما نحن فلا نرى به بأساً فأما أهل

الكتاب فيكرهونه . وأما الروافض قاتلهم الله تعالى فيأخذون بقول أهل الكتاب ويحرمون
الخرير ويدعون قول علي رضي الله عنه مع دعواهم محبته وأهل الكتاب يزعمون أن
الخرير من جملة المسوخات وهذا باطل فإن المسوخ لا نسل له ولا يبقى بعد ثلاثة أيام بل
الخرير نوع من السمك والسمك ما كول بجميع أنواعه يثبت الحل فيه بالكتاب والسنة
قال الله تعالى أحل لكم صيد البحر وقال صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان أما
الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال فهذا دليل أنه لا بأس للانسان أن
يتكلم مع النساء والاماء بما لا يحتاج اليه فان هذا ليس من جملة ما لا يعنيه فانما الذي لا يعنى
المرء مما ورد النهي عنه أن يكون فيه مأثم (وعن) ابراهيم رحمه الله قال ما أطيب إهابه وهو
كذلك وقد قيل ان أطيب الاشياء من السمك الذنب وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما
أنه أتاه عبد اسود فقال انني في غنم لاهلي واني سليل الطريق أفاسقى من لبنها بغير اذنهم فقال
لا فقال اني أرمى الصيد فاصى وأنى قال كل ما أصميت ودع ما أثميت . قال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى الا صماء ما رأيته والائمة ما توارى عنك وبه نأخذ الا أن المراد به اذا
توارى عنه وقعد في طلبه فاذا لم يقعد عن طلبه لا يحرم لما بيننا أن ما لا يستطيع بالامتناع
عنه يكون عفوا وفي الحديث دليل انه ليس للراعي أن يسقى من لبن الغنم بغير اذن أهلها
فان ابن عباس رضي الله تعالى عنهما نهاه عن ذلك وهذا لان الراعي أمر بالرعى والحفظ
والسقى ومن لبنها بمنزلة هبة عنها ولا يجوز له ذلك بدون اذن أهلها والذي جاء في الحديث
ان النبي صلى الله عليه وسلم مر براعي الغنم فاستسقاء اللبن تأويله ان ذلك الراعي كان يرعى
غنم نفسه أو كان مأذونا من جهة مالكه بذلك وقد عرف ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه
(وعن) موسى بن طلحة رضي الله تعالى عنه ان اعرابيا أهدي الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم أذنبا مشويا قال لأصحابه كلوا قال الاعرابي اني رأيت دما قال رسول الله صلى الله
عليه و- لم ليس بشئ وقال للاعرابي اذن فكل فقال اني صائم قال صوم ماذا قال صوم ثلاثة
أيام من كل شهر فقال هلا جعلتها البيض وبه نأخذ فنقول الارنب ما كول وقد قبل
ر-ول الله صلى الله عليه و- لم الهدية فيه وأكل منه وأمر أصحابه رضوان الله عليهم بذلك
(وقول) الاعرابي اني رأيت دما مراده ما يقول جهال العرب ان الارنبه تحيض كالنساء فبين

رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ذلك ليس بشيء . وفيه دليل على أنه لا بأس للمهدي أن يأكل من هديته فإن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه إلى الأكل وإنما بعث ليتم مكارم الأخلاق فما كان يدعو أحدا إلى ما يخالف ذلك وفيه دليل على أنه إذا دعي إلى طعام وهو صائم لا بأس بأن يمتنع ويقول إنني صائم وقد قرره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما قال حيث قال صلى الله عليه وسلم صوم ماذا قال صوم ثلاثة أيام من كل شهر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحثهم على ذلك ويقول الحسنة بعشر أمثالها صوم ثلاثة أيام من الشهر كصوم جميع الشهر . وفيه دليل على أن الأفضل أن يكون صومه في الأيام البيض لقوله صلى الله عليه وسلم - لم جعلتها البيض والبيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر وعند بعضهم أولها الرابع عشر وآخرها السادس عشر سميت بيضا لطلوع القمر في ليالها من أول الليل إلى آخر الليل فكان الليل يستوى بالنهار في البياض (وقيل) لما روى أن آدم صلوات الله وسلامه عليه لما أهبط إلى الأرض بعد زلته أغبر جسده صام الرابع عشر فابيض ثلث جسده ثم صام الخامس عشر فابيض ثلث آخر ثم صام السادس عشر فابيض جميع جسده وعاد اللون الأول فسميت بيضا لذلك وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أنه أهدى لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه فقال صلوات الله وسلامه عليه أطمعين ما لا تأكلين . وبهذا نأخذ فنقول لا يحل أكل الضب وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجد نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه . وفي حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الآكلين أبو بكر رضي الله تعالى عنه كان ينظر إليه ويضحك واعتمادنا على حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فيه يبين أن امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكله لحرمته لا لأنه كان يعافه ألا ترى أنه نهاها عن التصديق به ولو لم يكن كراهية الأكل للحرمة لامرها بالتصدق به كما أمرها به في شاة الانصاري بقوله أطمعوها الأسارى والحديث الذي فيه دليل الإباحة محمول على أنه كان قبل ثبوت الحرمة . ثم الأصل أنه متى تعارض الدليلان أحدهما يوجب الحظر والآخر يوجب الإباحة يغلب الموجب للحظر . وقال بعض المتأخرين رحمهم الله تعالى حرمة الضب لأنه من المسوخات على ما روى أن فريقين من عصاة بني إسرائيل أخذ

أحدهما طريق البحر والآخر طريق البر فمسح الذين أخذوا طريق البر ضبابا وقردة وخنازير
(وروى) هذا الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكنه غير مشهور. ثم قد بينا أن
الممسوخ لا نسل له ولا بقاء فهذا الذي يوجد الآن ليس بممسوخ وان نسخ قوم من جنسه
ولكنه من الخبائث ولهذا عافه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيدخل تحت قوله تعالى ويحرم
عليهم الخبائث لكونه مستخبثا طبعيا كسائر الهوام (وعن) عبد الله بن أبي أوفى قال أصبنا يوم
حنين حمرا أهلية فذبحنها وأن القدر لتغلي بها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكفثوها
بما فيها ونهى عن أكلها فقلنا بيننا انما حرما لانها نهيبة لم تخمس فقلت سعيد بن جبير رضى الله
تعالى عنه فذكرت له ذلك فقال بل حرما البتة. وبه نأخذ فنقول لا يحل تناول الحمار الاهلي
وكان بشر المراسي يبيح ذلك وهو قول مالك رحمه الله وقد روى ان عائشة رضى الله عنها
سئلت عن ذلك فقلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية (وعن) طاوس قال
قلت لجابر بن فهر انكم تزعمون ان لحم الحمار الاهلي حرام قال كان الحكم بن عمرو يقول
ذلك عندنا بالبصرة فأنتى ذلك الخبر يعني ابن عباس رضى الله عنهما وفي حديث الجبر بن غالب
رضى الله عنه انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لى من مالى الا حميرات
فقال صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك فانى انما نهيتكم عن خول القرية واعتبروا الحمار
الاهلي بالوحشى فانه ما كول بالاتفاق وكل حيوان وحشيه ما كول فالاهلي من جنسه
ما كول كالا بل والبقر وما لا يكون أهلية ما كولا فوحشيه لا يكون ما كولا كالكلب
والسنور وحجتنا فى ذلك ما روينا من الحديث فيه يتبين أنه ما كان حرما يوم خير لقله
الظهر لانه أمر با كفاء القدور بعد ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرما لانها نهيبة لم
تخمس فانه كان ما كولا فللغنايمين حق التناول منه قبل الخمس كالطعام والعلف وما حرما لانها
حول القرية مأخوذ من الحوال متناول الجيف كالجلالة فانه خص الحمار الاهلية بذلك وفى
هذا المعنى الحمار وغيره سواء فعرفنا انه حرما البتة (وقد) روى انه أمر أبا طلحة رضى الله
عنه فنادى ألا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن لحوم الحمار الاهلية فانها رجس وروى ابن
عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى يوم خير عن متعة النساء وعن الحمار
الاهلي ولما بلغ عليا رضى الله عنه فتوى ابن عباس رضى الله عنهما باباحة المتعة فقال له نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن متعة النساء وعن الحمار الاهلية زمن خير فترجع الآثار

الموجبة للحرمة ثم لا حجة في حديث الجبر رضي الله تعالى عنه فان معنى قوله صلى الله عليه وسلم كل من سمين مالك أي بعه واستنق ثمنه فقد يقال فلان أكل عقاره والمراد هذا وقال القائل ان لنا أحمره عجافاً * يا كان كل ليلة إكافا

والمراد ثمن الا كاف وما نقلوه عن ابن عباس رضي الله عنهما لا يكاد يصح عنه والمشهور عنه أنه حرم الخيل والبغال والحمير فاستدل لذلك بالآية لتركيبها وزينة على مائتين وعائشة رضي الله عنها استدلت بعام دخله الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار فكان دليل الخصوص في هذا العام واعتبار الاهل بالوحشي ساقط فانه لا مشابة بينهما معنى والمشابة صورة لا تكون دليل الحل وقد صح في الاثر ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح تناول الحمار الوحشي كما روى أن أعرابياً اهتدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حماراً وحشياً غفيراً أو رجل حمار وحشي فأمر أبا بكر رضي الله تعالى عنه أن يقسمه بين الرفاق * ثم كما ورد الحديث بالامر بالا كفاء للقدر في لحم الحمار فقد ورد مثله في الضب وهو حديث عبد الرحمن بن حسنة قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فأصابتنا جماعة ونزلنا في أرض كثيرة الضباب فأخذنا لها وان القدور لتفلي بها فأمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم با كفاء القدور ومعلوم أن تضييع المال لا يحل فعرفنا أن الامر با كفاء القدور في الموضعين للحرمة (وعن) أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن الحرث قال كنا اذا نتجت فرس أخذنا فلوا ذبحناه وقلنا الامر قريب فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فكتب اليانا أن لا تفعلوا فان في الامر تراخي وبهذين الحديثين يستدل من يرخص في لحم الخيل فانهم كانوا يذبحونه لمنفعة الاكل وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى وأما أبو حنيفة رحمه الله تعالى فانه كان يكره لحم الخيل فظاهر اللفظ في كتاب الصيد يدل على أن الكراهة للتنزيه فانه قال رخص بعض العلماء رحمهم الله في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وما قال في الجامع الصغير أكره لحم الخيل يدل على أنه كراهة التحريم فقد روى أن أبا يوسف رحمه الله تعالى قال لا بي حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ثم من أباحه استدل بالتعامل الظاهر ببيع لحم الخيل في الاسواق من غير تكبير منكرو لان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله بمنزلة بول ما يؤكل لحمه فعرفنا أنه ما كول كالانعام وان

روى فيه نهى فلان الخيل كانت قليلة فيهم وكان سلاحاً يحتاجون اليه في الحرب فلماذا نهاهم
 عن أكله لا حرمة له وحجة أبي حنيفة رحمه الله تعالى في ذلك قوله تعالى والخيل والبغال
 والحمير لتركبوها وزينة الآية فقد من الله تعالى على عباده بما جعل لهم من منفعة الركوب
 والزينة في الخيل ولو كان مأكلولا لكان الاولى بيان منفعة الأكل لانه أعظم وجوه
 المنفعة وبه بقاء النفوس ولا يليق بحكمة الحكيم ترك أعظم وجوه المنفعة عند اظهار المنة
 وذكر ما دون ذلك ألا ترى أنه في الانعام ذكر الاكل بقوله تعالى ومنها تأكلون ولانه
 ضم الخيل الى البغال والحمير في الذكر دون الانعام والقرآن في الذكر دليل القرآن في
 الحكم وبنحوه استدلل ابن عباس رضي الله تعالى عنهم ما حين كره لهم الخيل كما روى عنه
 في الكتاب وفي حديث خالد بن الوليد رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
 عن أكل لحم الخيل والبغال والحمير وفي حديث المقدم بن معد يكرب رضي الله تعالى عنه أن
 النبي صلى الله عليه وسلم قال حرام عليكم لحوم البغال والحمير والخيل . وقد بينا أن الدليل
 الموجب للحرمة يرجع فان ما كان من الرخصة محمول على أنه كان في الابتداء قبل النهي
 ولان نتاجه غير مأكل وهو البغل لان البغل نتاج الفرس والولد جزء من الام وحكمه
 حكمها في الحل والحرمة فاذا لم يكن مأكولا عرفنا أن الخيل ليس بمأكل * ثم الخيل تشبه
 البغال والحمير من حيث أنه ذو حافر أهلي بخلاف الانعام فانها ذوات خف لا ذوات حوافر
 وقد روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى الكراهة في سؤر الفرس كما في لبنه وانما
 جعل يوله كبول ما يؤكل لحمه لمعنى البلوى فيه فللبلوى تأثير في تخفيف حكم النجاسة ومن
 قال الكراهة للتنزيه لا للتحريم قال ان الفرس كالأدمى من وجهه ومن حيث أنه يحصل ارباب
 العدوبه ويستحق السهم من الغنيمة والآدمى غير مأكل لكرامته لا لنجاسته والخيل
 كذلك كره أكلها على طريق التنزيه لمعنى الكرامة ولهذا جعل الخيل ظاهرة السؤر وجعل
 بوله كبول ما يؤكل لحمه (وعن) ابراهيم رحمه الله تعالى قال لا بأس بئمن كلب الصيد وروى
 أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في ثمن كلب الصيد وبه تأخذ فتقول يبيع السكاب المعلم
 يجوز وعلى قول الشافعي رحمه الله لا يجوز يبيع السكاب أصلاً معلماً كان أو غير معلم لما روى
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السكاب وحلوان السكاهن ومهر البغي وأمر
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب فلو كانت ما لا تمتقوما لما أمر بذلك ولان

الكلب نجس العين بدليل نجاسة سؤره فلا يجوز بيعه كالخنزير والدليل عليه انه لو كان محل البيع لم يفترق بين العلم منه وغير العلم كالقهد والبازي . وحجتنا في ذلك ما رواه ابراهيم من الرخصة وذلك بعد النهي والتحريم فيه يتبين تيسيرا تناسخ ما روى من النهي وهذا لانهم كانوا ألقوا اقتناء الكلاب وكانت الكلاب فيهم تؤذى الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن منتفعاً به من الكلاب وهو كلب الصيد والحريث والماشية وقد جاء في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب الصيد والحريث والماشية وروى أنه قضى في كلب الصيد بأربعين درهما وفي كلب الحريث بفرق من طعام وفي كلب الماشية بشاة منها (وعن) عثمان رضي الله تعالى عنه أنه قضى علي رجل أ تلف كلبا لامرأة بعشرين بغيراً والحديث له قصة معروفة واذا ثبت أنه مال متقوم وهو منتفع به شرعا جاز بيعه كسائر الاموال وبيان كونه منتفعاً به أنه يحل الانتفاع به في حالة الاختيار ويجوز تملكه بغير عوض في حالة الحياة بالهبة وبعد الموت بالوصية فيجوز تملكه بالعوض أيضاً وبهذا يتبين أنه ليس بنجس العين فان الانتفاع بما هو نجس العين لا يحل في حالة الاختيار كالحريث ولا يجوز تملكه قصداً بالهبة والوصية . ثم الصحيح من المذهب أن المعلم وغير المعلم اذا كان بحيث يقبل التعليم سواء في حكم البيع حتى ذكر في النوادر لو باع جروا جاز بيعه لانه يقبل التعليم فأما الذي لا يجوز بيعه الفقور منه الذي لا يقبل التعليم لانه عين مؤذ غير منتفع به فلا يكون مالا متقوماً كالذئب وهكذا يقول في الاسد ان كان بحيث يقبل التعليم ويصطاد به فيبيعه جائز وان كان لا يقبل ذلك ولا ينتفع به حينئذ لا يجوز بيعه والقهد والبازي يقبل التعليم على كل حال فجاز بيعهما كذلك (وعن) جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب والسنور وقال أبو يوسف رحمه الله ينقض هذا الحديث في السنور حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يصني لها الاناء فتشرب منه وهو مشهور عنه صلى الله عليه وسلم وحديث عروة عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصني الاناء للبر ليسرب منه ثم يتوضأ . وفي هذا دليل على أنها ليست بنجسة وقد نص على ذلك بقوله أنها ليست بنجسة أنها من الطوافين عليكم والطوافات ويجوز الانتفاع بها من غير ضرورة وما يكون بهذه الصفة

فهو مال متقوم يجوز بيعه والنهي ان ثبت محمول على أنه كان في الابتداء . قال (وصيد الكلب المعلم وما أشبهه من الجوارح من السباع وغيرها يرسله المسلم أو الكتاني ويسمى عليه فيأخذه ويقتله جائز حلال) وإنما يشترط أن يكون المرسل مسلماً أو كتابياً لأن الاصطياد في كونه سبياً للحل كالذبح والاهلية للذباح شرط لحل الذبيحة فكذا في الاصطياد وقد ذكرنا فيما سبق شرائط الاصطياد ودخل هذا الشرط في جملة ما ذكرنا دلالة وان لم يدخل نصاً لانا شرطنا تسمية الله تعالى على الخلوص وإنما يتحقق ذلك عمن يعتقد توحيد جلات قدرته أو يظهر ذلك وهو مسلم أو كتابي فاما المجوسي يدعي الهين فلا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فهذا لا يحل ذبيحة المجوسي وصيده . قال (واذا ترك التسمية عامداً حرم به الصيد والمذبوح عندنا ولم يحرم عند الشافعي رحمه الله والمسلم والكتاني في ذلك سواء) وان ترك ناسياً لم يحرم عندنا وقال مالك رحمه الله تعالى وأصحاب الظواهر يحرم وهو قول ابن عمر رضي الله عنهما وكان على ابن عباس رضي الله تعالى عنهما فصلان بين العامد والناسي كما هو مذهبنا وقد كانوا يجمعون على الحرمة اذا ترك التسمية عامداً وإنما يختلفون اذا تركها ناسياً وكفى باجمعهم حجة ولهذا قال أبو يوسف رحمه الله متروك التسمية عامداً لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي يجوز البيع فيه لا يجوز قضاؤه لانه مخالف للاجماع فالشافعي رحمه الله تعالى استدل بحديث البراء بن عازب وأبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم وفي رواية قال ذكر اسم الله تعالى في قلب كل مسلم وكون الذكر في قلبه في حالة العمد أظهر منه في حالة النسيان ولما سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن متروك التسمية ناسياً قال يحل تسمية ملته وفي اقامة الملة مقام التسمية لافرق بين النسيان والعمد . وسألت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت ان الاعراب يأتوننا بلحوم فلا ندري أسموا أم لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا . فلو كان التسمية من شرائط الحل لما أمرها بالا كل عند وقوع الشك فيها ولان التسمية لو كانت من شرائط الحل كانت مأموراً بها وفي المأمورات لافرق بين النسيان والعمد كقطع الخلقوم والاداج وكالتكبير والقراءة في الصلاة إنما يقع الفرق في المزجورات كالأكل والشرب في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهياً اعتقاداً فأما موجب الأمر الاثمار والتارك ناسياً أو عامداً لا يكون مؤتمراً ولانه استصلاح الاكل فكانت التسمية فيه ندباً لا حتماً كالطبخ والخبز

ثم فيما هو المقصود وهو الاكل التسمية فيه نذب وليس بحتم فهذا هو طريق اليه اولي
والدليل عليه أنه تحل ذبائح اليهود والنصارى ولو كانت التسمية شرطاً لما حلت ذبائحهم
لأنهم وان ذكروا اسم الله تعالى فإنهم يريدون غير الله وهو ما يتخذونه معبوداً لهم لان
النصارى يقولون المسيح ابن الله تعالى عن ذلك علواً كبيراً ونحن نتبرأ من اله له ولد وحجتنا
في ذلك قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وأنه لفسق ومطلق النهى يقتضي
التحريم وأكد ذلك بحرف من لانه في موضع النهى للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه
والهاء في قوله تعالى وأنه لفسق ان كان كناية عن الاكل فالفسق أكل الحرام وان كان كناية
عن المذبح فالمذبح الذي يسمى فسقاً في الشرع يكون حراماً كما قال الله تعالى أو فسقا أهل
لغير الله به وفي الآية بيان ان الحرمة لعدم ذكر الله تعالى لان التحريم بوصف دليل على أن
ذلك الوصف هو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة
وذبائح المشركين فان الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله تعالى حتى انه وان ذكر اسم الله
تعالى لم يحل وقال تعالى فاذا ذكروا اسم الله عليها صواف يعنى عند النحر بدليل قوله تعالى فاذا
وجبت جنوبها أى سقطت وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنه في تفسير الآية ذكر اسم الله
تعالى أن يقول عند الطعن بسم الله والله أكبر وقال الله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم الآية
والمراد التسمية عند الارسل فثبت بهذين النصين ان التسمية مأمور بها ومطلق الامر الوجوب
وهي من شرائط الحل ثبت بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه
اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل والمعطوف على الشرط شرط وأكد
ذلك بقوله وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنتم انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيره . فعلى للحرمة بانه لم يسم على كلب غيره فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه
وشي من المعنى يشهد له فان ذبيحة الكتاني تحل وذبيحة المجوسي لا تحل وليس بينهما فرق
يعقل معناه بالرأى سوى من يدعى التوحيد يصح منه تسمية الله على الخلوص ومن يدعى الاثنين
لا يصح منه تسمية الله تعالى على الخلوص فيه يتبين ان التسمية من شرائط الحل أو انما أمرنا
ببناء الحكم في حق أهل الكتاب على ما يظهرون دون ما يضمرون ألا ترى ان تسمية غير الله
تعالى على سبيل التعظيم موجبة للحرمة لقوله تعالى وما أهل به لغير الله فلو اعتبرنا ما
يضمرون لم تحل ذبيحتهم وكذلك يستحلفون في المظالم بالله والاستحلاف بغير الله لا يحل

فعرفنا أنه يبنى على ما يظهرون ثم أنا أمرنا بالتسمية عند الذبح مخالفة للمشركون لأنهم كانوا يسمون آلهتهم عند الذبح ومخالفتهم واجبة علينا فالتسمية عند الذبح تكون واجبة أيضاً بخلاف الطبخ والأكل فأنهم ما كانوا يسمون آلهتهم عند ذلك فالامر بالتسمية عند ذلك ندب وكذلك عند الوصف فالامر بالتسمية عند الوصف لم يكن لمخالفتهم فكان ندباً ألا ترى أن في حالة النسيان تقام ملته مقام التسمية كما قال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لمعنى التخفيف وهذا التخفيف يستحقه الناسى دون العامد ولأن العامد معرض عن التسمية فلا يجوز أن يجعل مسمى حكماً بخلاف الناسى فإنه غير معرض بل معذور والفرق بين المعذور وغير المعذور أصل في الشرع في الذبح وغير الذبح ألا ترى أن في اعتبار الذبح في المذبح يفصل بين المعذور وغيره وفي الأكل في الصوم يفصل بين الناسى والعامد ولا يعتبر بالأمور والمزجور فالأكل في الصلاة مزجور ثم سوى فيه بين النسيان والعمد والجماع في الأحرام كذلك ولكن متى اقترن بحالة ما يذكره كهيئة المحرمين والمصلين لا يعذر بالنسيان ومتى لم يقترن بحالة ما يذكره يعذر بالنسيان كالصوم وهنا لم تقترن بحالة ما يذكره وقد يذبح الإنسان الطير وقلبه مشتغل بشغل آخر فيترك التسمية ناسياً وعليه يحمل الحديث على أنه اذبح على اسم الله تعالى إذا كان ناسياً غير معرض بدليل أنه ذكر في بعض الروايات وإن تعمد لم يحل وحديث عائشة رضي الله تعالى عنها دليلنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية فذلك دليله على أنه كان معروفا عندهم أن التسمية من شرائط الحل وإنما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً من اشتري لحماً في سوق المسلمين يباح له تناول بناء على الظاهر وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي* ثم التسمية في الذبح تشترط عند القطع وفي الاصطيداء عند الإرسال والرمى لأن التكليف بحسب الوسع وفي وسعها التسمية عند الرمي وليس في وسعه التسمية عند الإصابة فتقام التسمية عند الإرسال والرمى مقامه كما يقام الجرح في المتوحش مقام الذبح في المذبح في الأهلى ولأن التسمية تقترن بفعله والقطع من فعله وفي الاصطيداء فعله الإرسال والرمى وعلى هذا الوضوح شاة وأخذ السكين وسمى ثم تركها وذبح شاة أخرى وترك التسمية عليها لا يحل ولو رمى سهماً إلى صيد وسمى فأصاب صيداً آخر أو أخذ سكيناً وسمى ثم تركها وأخذ سكيناً أخرى أو أرسل كلبه إلى صيد وسمى وترك ذلك الصيد وأخذ غيره حل وكذلك لو

ذبح تلك الشاة ثم ذبح شاة أخرى بعدها فظن ان تلك التسمية تكفيه لا يحل والسهم اذا
أصاب ذلك الصيد وغيره أو أخذ الكلب في فوره ذلك الصيد وغيره حل الا كل وجهه
ليس نظير النسيان . ألا تري أن الجهل بالحكم لا يمنع حصول الفطر بخلاف النسيان
وكذلك لو نظر الى قطع من الغنم وأخذ السكين وسمى ثم أخذ شاة منها وذبحها بتلك
التسمية لا يحل وكذلك لو أرسل كلبه على جماعة من الصيود وسمى فأخذ أحدها يحل
لان التعيين في الاصطياد ليس في وسعه والتعيين في الذبح في وسعه . قال (ولو أرسل كلبه ولم
يسم عمداً ثم زجره وسمى فانزجر وأخذ الصيد لم يحل) لان ارساله مع ترك التسمية عمداً فعل
محرم فلا ينسخ الا بما هو مثله أو فوقه والزجر دون الارسال بخلاف ما اذا اتبع الصيد
بغير ارسال صاحبه ثم زجره صاحبه وسمى فان زجر بزجره وأخذ الصيد حل لان
اتباعه لم يكن فعلاً معتبراً فان فعل العجماء غير معتبر اذا لم يكن بناء على ارسال آدمي
فكان زجره بمنزلة ابتداء الارسال وقد اقتربت التسمية به وعلى هذا الاصل اذا أرسل
المسلم كلبه على صيد فزجره مجوسى فانزجر بزجره لم يضره لان الارسال من المسلم فعل
موجب للحل فلا يرتفع الا بما هو مثله والزجر دون الارسال فلا يتغير به الحكم الثابت
بالارسال ولو كان المجوسى هو الذى أرسل لم ينفعه زجر المسلم لان فعل المجوسى محرم
فلا يرتفع بزجر المسلم اياه لانه دونه فاما اذا انبعث الكلب والبازي على أثر الصيد بغير
ارسال ثم زجره صاحبه فان لم يتزجر بزجر صاحبه لم يحل الصيد لانه لا أثر لفعل المسلم
فياخذه وبدون الارسال لا يحل وان انزجره بزجره في القياس لا يحل أيضاً لان زجره
ليس بارسال فان الارسال يكون من يده ولم يكن في يده حين زجره وبدون الارسال
لا يحل صيد الكلب ولكنه استحسن ذلك فقال لما انزجر بزجره يجعل ذلك بمنزلة ابتداء
الارسال والصيد قد يتلى بهذا لان الكلب ربما يرى الصيد ولا يراه صاحبه فلو انتظر
ارساله فانه فينبعث على أثره وينظر الى صاحبه لينزجره حتى اذا زجره كان بالقرب من
الصيد فيتمكن من أخذه ثم انبعثه لم يكن فعلاً معتبراً فالحاجة الى ابتداء الفعل لا الى فسخ
الفعل ولما انزجر بزجره جعل هذا ابتداء فعله بخلاف الاول فالحاجة هناك الى فسخ فعل
معتبر والنسخ لا يصلح لذلك وهو نظير ما قلنا فيمن حفر بئراً في الطريق فألقى انسان حجراً
على شفيره فيعثر انسان في الحجر حتى هوى في البئر فالضمان على الملقى وبمثله لو ثنى حجراً من

شفي البئر أو جاء به سبل فيعثر به انسان فوقع في البئر فالضمان علي الحافر لانه لم يوجد من بعد فعله فعل معتبر فبقى حكم فعله بخلاف الاول . قال (واذا توارى الكلب والصيد عن المرسل المسلم ثم وجده المسلم وقد قتله وليس فيه أثر غيره حل تناوله اذا لم يترك الطلب لانه يستطيع الامتناع منه والتواري عن بصره لا يستطيع الامتناع عنه خصوصاً في القناص والمستأجر والطير بعد اصابة السهم ربما يتحامل ويطيح حتى يغيب عن بصره فيسقط فان كان ترك الطلب الى عمل آخر حتى اذا كان قريباً من الليل طلبه فوجد الصيد ميتاً والكلب عنده والبازي وبه جراحة لا يدري الكلب جرحه أو غيره لم يحل أكله عندنا . وقال الشافعي رحمه الله تعالى يحل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كان منه من ارسال الكلب والبازي والرمي والحكم متى ظهر عقب سببه يحل عليه كما لو جرح انساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فجعل قاتلاً له ولكن نستدل بما روى أن رجلاً أهدي الى النبي صلى الله عليه وسلم صيداً فقال عليه الصلاة والسلام من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجده الليل وفيه من باقى فقال عليه الصلاة والسلام لعل بعض الهوام أعانك على قتله فلا حاجة لي فيه وقال ابن عباس كل ما أصيبت ودع ما أئيمت والانماء التواري عن بصرك الا أن قدر ما لا يستطيع الامتناع عنه جعل عفواً فأما ترك الطلب مما يستطيع الامتناع عنه والثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة ثم في المدة القصيرة يؤمن اصابة آفة أخرى اياه ولا يؤمن ذلك اذا ترك الطلب وطالت المدة ولانه لا يدري فعله لو لم يترك الطلب وجده حياً فذكاه فن هذا الوجه يكون تاركاً ذكاة الاختيار فيه مع القدرة عليه وان وجده وفيه جراحة أخرى ليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك لانه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمه فيغلب كما لو وقعت الرمية في الماء . قال (واذا أرسل كلبه أو بازيه علي صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عدداً من الصيد فهو كله حلال ما دام علي وجه الارسال) لان الارسال قد صح من المسلم موجباً للعمل فما تأخذه من وجه ارساله وهو ممسك له علي صاحبه يحل وتعيين الصيد في الارسال ليس بشرط الا على قول مالك رضي الله تعالى عنه فإنه يقول التعيين شرط حتى اذا ترك التعيين فهو كترك الارسال وعن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال التعيين ليس بشرط ولكن اذا عين اعتبر تعيينه حتى اذا ترك ذلك وأخذ غيره

لا يحل ولكننا نقول الشرط ما في وسعه اتخاذ وهو الارسال فأما التعيين ليس في وسعه لانه لا يمكنه ان يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في حق الكلب فان الصيد كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذلك في حق الكلب فقصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه وعلامة علمه امساكه على صاحبه بترك الاكل وما ليس بمفيد لا يعتبر شرعاً فسواء أخذ ذلك الصيد أو غيره حل . قال (فان قتل واحداً وجثم عليه طويلاً ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل) لان فور الارسال قد انقطع حين جثم على الاول طويلاً فقد انعدم ارسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط في الحل (فان قيل) كيف يكون فعله ناسخاً لارسال صاحبه (قلنا) انما جثم على ذلك الصيد بناء على ارسال صاحبه لئلا يتيه فأخذه منه فذلك بمنزلة فعل صاحبه ولو منعه انقطع به حكم الارسال مع أن فعل العجماء معتبر في نسخ حكم فعل الآدمي به كمن أرسل دابة في الطريق فتركت سنن الارسال وذهب يمنة أو يسرة فألتفت مالا لم يجب الضمان على المرسل بخلاف ما لو ذهبت على سنن الارسال . قال (وان وصل اليه صاحبه والصيد حي فأخذه فلم يذبحه حتى مات لم يؤكل) أما اذا تمكن من ذبحه فلا شك فيه لانه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليه وأما اذا لم يتمكن من ذلك فان كان لفقد الآلة فكذلك الجواب لان التقصير من قبله حيث لم يحمل آلة الذكاة مع نفسه وان كان لضيق الوقت فكذلك الجواب عندنا (وقال) الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحساناً وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الاصل لا يسقط حكم البدل كالتيمم اذا وجد الماء وبينه وبين الماء سبع أو عدو . وهنا لم يقدر على الاصل فبقي ذكاة الاضطرار موجباً للحل ولكننا نقول ذكاة الاضطرار انما تعتبر فيما اذا لم يقع في يده حياً وهذا قد وقع في يده حياً فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه وألحق بما كان في يده كالشاة والبعير اذا سقط فلم يتمكن من ذبحه في المذبح لضيق الوقت فجرحه فمات لم يحل فهذا مثله وهذا كله اذا كان يتوهم بقاؤه حياً مع الجرح الذي جرحه الكلب فأما اذا شق بطنه فأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حياً فمات حل تناوله لانه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده وما بقي فيه اضطراب المذبح فلا يعتبر كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الحلقوم والاداج لم يحرم بذلك لهذا المعنى وقيل هذا قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل وهو القياس لانه وقع في يده حياً وموته مما أصابه وحياته موهوم فلما يبنى الحكم على ما هو معلوم حقيقة وهو وقوعه حياً في يد صاحبه فلا يحل بدون ذكاة الاختيار. قال (والكلب الكردى والاسود في الاصطیاد به اذا كان معلماً كغيره لقوله تعالى تعلمون من مما علمكم الله) وانما أورد هذا لان من الناس من يقول لا يحل ذلك وانما الاصطیاد بالكلاب الفقهية المسترخية الاذان وليس ذلك معتبراً عندنا وكذلك اذا علم شيئاً من السباع حتى جعل يصيد به مثل عتاق الارض وغيره فلا بأس بصيده لانه مرسل معلم أمسك الصيد على صاحبه . قال (واذا كمن الفهد في ارساله حتى استمكن من الصيد ثم وثب عليه فقتله لم يحرم أكله) لان هذا لا يستطاع الامتناع منه فهو عادة ظاهرة للفهد أنه يكمن ولا يعدو على أثر الصيد فيسقط اعتباره ولانه تحقق ما قصده صاحبه بالارسال فلا ينقطع به فور الارسال كالوثوب . قال (وكذلك الكلب اذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد) لما بينا أنه قصد به التمكن من الصيد فلا ينقطع به حكم الارسال (قال) وكان شيخنا رحمه الله يقول للفهد خصال ينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه (من ذلك) أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف مع عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير إلتعاب نفسه (ومنه) أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الى فلا اذل له فلماذا ينبغى للعاقل أن يفعله لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره (ومنه) أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره (ومنه) أنه لا يتناول الخبيث وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول الا الطيب (ومنه) أنه يثب ثلاثاً أو خمساً فان تمكن من الصيد والا تركه وهو يقول لا أقتل نفسى فيما أعمله لغيرى وهكذا ينبغى لكل عاقل . قال (واذا شاركه في الصيد كلب آخر غير معلم لم يحل أكله) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضى الله تعالى عنه واذا شاركك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ولانه اجتمع فيه المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمه فيغلب الموجب للحرمه وكذلك اورد الصيد عليه حتى أخذه أوردته عليه سبع حتى أخذه لانه قد أعانه على أخذ الصيد وبهذه الاعانة تثبت المشاركة بين الفاعلين والباذى في ذلك كالكلب لان فعل ما ليس بمعلم يحرم

الصيد والبازي والكلب فيه سواء وان رد الصيد على الكلب مجوسى حتى أخذه فلا بأس
 بأكله لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تثبت به المشاركة بل يكون الصيد
 مأخوذاً بأخذ الكلب الذى أرسله المسلم فكان حلالاً فاما فعل الكلب الذى لم يرسله صاحبه
 وفعل السبع من جنس فعل الكلب الذى أرسله المسلم فتحقق المشاركة ويجتمع في الصيد
 الموجب للحل والموجب للحرمة. قال (واذا أكل الكلب من الصيد فقد خرج عن حكم المعلم)
 لان علامة المعلم فيه ترك الاكل وفي البازي الاجابة اذا دعاه فكما ان البازي اذا فر منه وامتنع
 من اجابته لا يكون معلماً فكذلك الكلب اذا أكل من الصيد لا يكون معلماً ويحرم ما عنده
 من صيوده قبل ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يحرم في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
 من أصحابنا رحمهم الله من يقول هذا اذا كان العهد قريباً بأخذ تلك الصيود فاما اذا تطاول
 عليه العهد بأن أتى عليه شهر أو نحو ذلك وقد قدر صاحبه صيوده لم تحرم تلك الصيود لان
 في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يكون ذلك دليلاً على كونه غير معلم في ذلك الوقت وفي
 المدة القصيرة لا يتوهم نسيان الحرفة فتبين انه كان عن غير علم حين اصطاد تلك الصيود وانما
 لم يأكل منها للشبع لا للمساك على صاحبه. والظاهر أن الخلاف في الفصلين جميعاً فهما
 يقولان قد حكمنا بالحل في الصيود المأخوذة وأكله من هذا الصيد محتمل قد يكون لقرط
 الجوع مع كونه معلماً وقد يكون لامساكه على نفسه وكونه غير معلم وما كان محكوماً به
 لا يجوز ابطاله بالشك ولا معنى لقول من يقول قد حكمنا بكونه جاهلاً حتى قلنا لا يؤكل
 هذا الصيد الذى أكل منه ولا ما يأخذه بعده ما لم يصير معلماً الا أنا انما حكمنا بذلك لنوع اجتهاد
 مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل لنوع اجتهاد
 مع بقاء الاحتمال والاجتهاد يصلح العمل به في المستقبل لا في بعض ما مضى بالاجتهاد
 والحل في الصيود المحرزة حكم أمضى بالاجتهاد وأبو حنيفة رحمه الله يقول تبين أن ذلك صيد
 كلب جاهل فلا يؤكل منه كالصيد الذى أكل منه وبيان ذلك ان هذه الحرفة في الكلب
 اذا حصلت كانت ضرورية فلا ينسى أصلها ولكنها تضعف بالترك زماناً كالتخايط والرعى
 ونحوهما في الآدمي ولما وجب الحكم بكونه جاهلاً في الحال تبين ضرورة أنه لم يكن معلماً وانه
 انما ترك الاكل للشبع حتى لم يترك حين كان جائعاً وهذا لان الاكل وان كان محتملاً
 ولكن تعين فيه أحد الوجهين بدليل شرعي وهو كونه غير معلم حين حرم تناول هذا

الصيد فسقط اعتبار احتمال وجه آخر وما قال أبو حنيفة رحمه الله أقرب إلى الاحتياط وعليه
 يبنى الحل والحرمة . قال (ولا يحل صيده بعد ذلك حتى يصير معلماً) بأن يصيد به ثلاثاً فلا يأكل
 منها فيحل حينئذ الرابع في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولكن أبو حنيفة رحمه الله لم
 يؤقت فيه وقتاً ولكن يقول إذا صار عالماً فكل من صيده وكذلك الخلاف في تعليمه في ابتداء
 أمره وعلى قولهما إنما يحصل بأن يجيبه إذا دعى ويرسله على الصيد فيصيده ولا يأكل منه ثلاث
 مرات ولم يؤقت فيه أبو حنيفة رحمه الله وقتاً ولكنه قال هو مأكول إلى اجتهد صاحبه فإن
 كان أكبر رأيه أنه صار معلماً فهو معلم وربما قال يرجع إلى أهل العلم به من الصيادين فإذا قالوا
 صار معلماً فهو معلم وحجتنا في ذلك أن المعلم يمسك الصيد على صاحبه وعلامة ذلك أن لا
 يأكل منه إلا أن ترك الأكل قد يكون للشبع وقد يكون للمساك على صاحبه فإذا ترك
 ذلك مراراً على الولاء يزول به هذا الاحتمال ونعلم أنه معلم لا مساكه على صاحبه وقد رنا ذلك
 بالثلاث لأنه حسن الاختيار والأصل فيه قصة موسى مع معلمه عليه السلام حيث قال في
 الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذلك الشرع قدر مدة الاختيار بثلاثة أيام للاختيار وقال
 عليه الصلاة والسلام إذا استأذن أحدكم ثلاثاً ولم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله تعالى
 عنه إذا لم يريح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليرجع إلى غيرها وأبو حنيفة رحمه الله
 تعالى يقول نصب المقادير بالرأى لا يكون ولا مدخل للقياس فيه فيكون طريق معرفته
 الاجتهاد والرجوع إلى من له علم في ذلك الباب قال الله تعالى فاسألوا أهل الذكركم إن كنتم
 لا تعلمون وهذا لأن احتمال الشبع كما يكون في المرة يكون في المرات (وروى) الحسن عن
 أبي حنيفة رحمه الله مثل قولهما في التقدير بالثلاث إلا أن في تلك الرواية أبو حنيفة يقول
 يؤكل الصيد الثالث وهما يقولان لا يؤكل الصيد الثالث لأنه إنما يحكم بكونه معلماً حين ترك
 الأكل من الثلاث وآخره لهذا الصيد كان قبل ذلك فلا يؤكل منه وأبو حنيفة رحمه الله
 تعالى يقول إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه وإذا حكمنا بأن
 يمسه على صاحبه وقد أخذه بعد إرسال صاحبه حل تناول منه كالرابع . قال (وإذا أخذ
 الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه الكلب فأنهش منه قطعة ورمى بها صاحبها إليه
 فأكلها لم يفسد ههما عليه) لأنه قد تم امساكه على صاحبه حين لم يأكل منه حتى وصل إلى
 يد صاحبه وبعد ذلك انتهشه منه ومن لم آخر في مخالة صاحبه سواء فلا يخرج به من أن

يكون معلما ولان هذا من عادة الصيادين أن يأخذ الصيد من الكلب ثم يرمى بقطعة منه اليه وكأن الكلب طالبه بهذه العادة فهو دليل حذقه لا دليل جهله وان انتهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه اياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه أو أخذ غيره فقتله لم يحل أكله لانه لما أكل القطعة التي تمكن منها من الصيد عرفنا أنه غير معلم وان سعيه لنفسه لا للمساك على صاحبه وانما ترك الاكل مما بقي لانه شبع بتناول تلك القطعة وان كان ألقى تلك القطعة وأخذه وقتله ولم يأكل حتى أخذه ثم عاد فأكل تلك القطعة لم تضره لانه أمسك الصيد على صاحبه حين لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد الي صاحبه كتناول قطعة ألقاها اليه صاحبه بل ذلك دليل حذقه حتى اشتغل بتناول ما يعلم أن صاحبه لا يرغب فيه فهو بمنزلة ما لو شرب من دمه وقد بينا ان ذلك لا يحرم الصيد فكذلك هذا . قال (ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غيرنا حتى نسائهم ولا آكل ذبايحهم) ولانهم يدعون لاثنيين فلا يتحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص وذلك شرط الحل في الذكاة الا فيما يحتاج فيه الي الذكاة من سمك أو جراد ويبيضه بأخذها وما أشبه ذلك فان الحل في هذه الاشياء ليس يثبت بالفعل حتى يحل وان مات بغير فعل أحد ولا اقتراب التسمية بالفعل فلا يشترط التسمية للحل فيما لا يشترط فيه الفعل والمرتد في ذلك كالمجوسي أما اذا ارتد لغير دين أهل الكتاب فلا اشكال فيه لانه كالكافر الاصلي فيما اعتقده وان ارتد الي دين أهل الكتاب فلائنه غير مقرر علي ما اعتقده وقد ترك ما كان عليه فلا ملة له والنكاح وحل الذبيحة ينبنى على الملة . قال (ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي العلم وبازيه كما يذبح بسكينه) لان المعتبر في الآلة أن تكون جارحا فلا يختلف ذلك بكون مالكة مجوسيا أو مسلما والشرط يقترن بالفعل والفاعل في الذبح والاصطياد والمسلم هو من أهل ايمانه هذا الشرط . قال (واذا أرسل المجوسي كلبه علي صيد ثم أسلم ثم زجره فانزجر بزجره وقتل الصيد لم يحل أكله) كما لو زجره مسلم آخر وهذا لان أصل ارساله كان فعلا موجبا للحرمة ولم ينسخ ذلك بالزجر بعد اسلامه وانما ينظر في هذا الجنس الى وقت الارسال والرمى فان كان فيه مجوسيا أو مرتدآ لم يحل صيده وان تغير عن حاله قبل أن يأخذه وان كان مسلما ثم ارتد والعياذ بالله لم يحرم الصيد لان الحل باعتبار تسمية الله وقد بينا ان الشرط عند الارسال والرمى لا عند الاصابة فان كان مسلما في ذلك الوقت

وسمى فقد تقرر فعله موجبا للحل فلا يتغير ذلك برده كما لا يتغير ذلك بموته ولو مات قبل
الاصابة فان كان مجوسيا أو مرتدا فقد تقرر فعله موجبا للحرمة فلا يتغير باسلامه بعد ذلك
اعتباراً بفعل الرمي والارسال هنا بالذبح في الشاة . قال (ولا بأس بصيد اليهودي والنصراني
وذيبحتهما لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد الذبائح) اذ لو حمل على ما
هو سواها من الاطعمة لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكور معنى ولا بهم يدعون التوحيد
فيحقق منهم تسمية الله تعالى على الخلوص الا أن يسمعه المسلم يسمى عليه المسيح فاذا سمع
ذلك منه لم يحل أكله لانه ذبح بغير اسم الله عز وجل ولو فعل ذلك مسلم لم يحل لقوله تعالى
وما أهل لغير الله به فقال الكتابي في ذلك لا يكون أعلى من حال المسلم وبعض أصحاب
الشافعي رحمهم الله يقولون يحل لان المسلم اذا ذبح بغير اسم الله تعالى يصير مرتداً وانما
لا يؤكل برده وهذا لا يوجد في حق الكتابي وقد أحل الشرع ذبائحهم مع قولهم ان الله هو
المسيح بن مريم كما أخبر الله عنهم وهو تعالى عن ذلك علواً كبيراً فاذا ظهر ذلك لم تحرم
ذبيحتهم ولكننا نقول قد بينا ان الحرمة المعتبرة بالصفة انما تثبت باعتبار تلك الصفة وقد
نص الله تعالى على الحرمة بتسمية غير الله تعالى واذا كان في حق المسلم الحرمة ليست باعتبار
هذا الوصف عرفنا ان المراد بالآية الكتابي وان كانت الحرمة في حق المسلم باعتبار هذا
الوصف فكذلك في حق الكتابي (وقد) روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال واذا
سمعتهم يذكرون اسم المسيح علي ذبائحهم فلا تأكلوا . قال (فان تهود المجوسى أو تنصر
تؤكل ذبيحته وصيده) لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صار بحيث يدعى التوحيد فلا
يجوز اخباره على العود الى دعوى اثنين واذا كان مقرأ على ما اعتقده اعتبر بما لو كان عليه في
الاصل ولو تمجس يهودى أو نصرانى لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسياً في
الاصل . قال (وان كان غلام أحد أبويه نصرانى والآخر مجوسى وهو يعقل الذبح تؤكل
ذبيحته وصيده عندنا) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا تؤكل لانه تابع لأبويه واعتبار جانب
أحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيتغلب الموجب للحرمة كما لو اشترك المسلم
والمجوسى في الاصطياد والذبح وحجتهما في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام كل مولد يولد على
الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه حتى يعرب عنه لسانه إما شركاً وإما كفوراً
فقد جعل العاقل اتفاق الابوين ولم يوجد اتفاقهما في التمجس فلا يثبت حكم المجوسية في حقه

ولأن أحد الابوين ممن تحمل ذبيحته فيجعل الولد تابعا له كما اذا كان أحد الابوين مسلما
والآخر مجوسيا وهذا لان الصبي يقرب من المنافع ويبعد من المضار والنصرانية اذا قوبلت
بالمجوسية فالمجوسية شر فكان اتباع الولد للكتابي أنفع للولد وانما يرجح الموجب للحظر عند
المساواة وقد انعدمت المساواة هنا فجعلنا الولد تابعا للكتابي منهما . قال (فأما ذبيحة الصابي
وصيده يحل عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره) وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يحل
وذكر الكرخي رحمه الله تعالى انه لا خلاف بينهم في الحقيقة ولكن في الصابئين قوم
يقرون بعيسى عليه السلام ويقرؤون الزبور فهم صنف من النصارى فانما أجاب أبو حنيفة
رحمه الله تعالى لا يحل ذبائح هؤلاء وفيهم من ينكر النبوات والكتب أصلا وانما يعبدون
الشمس وهؤلاء كعبدة الاوثان وانما أجاب أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى في حق
هؤلاء . قال الشيخ الامام رحمه الله تعالى وفيما ذكره الكرخي رحمه الله تعالى عندي نظر
فان أهل الاصول لا يعرفون في جملة الصابئين من يقر بعيسى عليه الصلاة والسلام وانما
يقرون بادريس عليه الصلاة والسلام ويدعون له النبوة خاصة دون غيره ويعظمون
الكواكب فوقع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنهم يعظمونها تعظيم الاستقبال لا تعظيم
العبادة كما يستقبل المؤمنون بالقبلة فقال تحل ذبائحهم ووقع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
تعالى أنهم يعظمونها تعظيم العبادة لها فالحقناهم بعبدة الاوثان وانما اشتبه ذلك لانهم يدينون
بكتمان الاعتقاد ولا يستحيون باظهار الاعتقاد البتة وانما احتجج أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى أولي لان عند الاشتباه يغلب الموجب للحرمة . قال (ولا تؤكل السمكة الطافية
فأما ما انحسر عنه الماء أو نبذه فلا بأس بأكله) وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا بأس بأكل
السماك الطافي واستدل بقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم قيل الطعام من
السماك ما يوجد فيه ميتا وقال عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وقال
صلوات الله وسلامه عليه أحلت لنا ميتتان ودمان الحديث وفي حديث أبان بن أبي عياش
رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام سئل عن أكل الطافي من السمك فلم يره
بأسا واعتبر السمك بالجراد بعلة أنه لا يشترط فيه الذكاة فيستوى موته بسبب وبغير سبب
وحجبتنا في ذلك حديث جابر رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما انحسر
عنه الماء فكل وما طفى فلا تأكل ولا يقال هذا نهى اشفاق لما قيل ان الطافي يورث البرص

وهذا لان الاستكثار من السمك يورث البرص الطافي وغيره سواء وانما بعث رسول الله صلي الله عليه وسلم مبينا للاحكام دون الطب وحرمة تناول الطافي مروى عن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم حتى قال علي رضي الله تعالى عنه للسماكين لا تتبعوا الطافي في أسواقنا وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أكل الطافي حرام ولانه حيوان مات بغير سبب فلا يؤكل كسائر الحيوانات بخلاف الجراد فموته لا يكون الا بسبب على ما مبينا أنه بحرى الاصل برى المعاش فان مات في البحر فقد مات في غير موضع معاشه وما مات في البر فقد مات في غير موضع أصله وهذا سبب لهلا كه فوزانه لو مات السمك بسبب. وقد بينا أن الموجب للحرمة من الآثار يترجع على الموجب للحل لقوله عليه الصلاة والسلام الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتهيات فدفع ما يربك الى ما لا يربك ثم جميع أنواع السمك حلال الحريث والمارهيح وغيره في ذلك سواء ولا يؤكل من سوى السمك من حيوانات الماء عندنا وقال الشافعي رحمه الله تعالى يؤكل جميع ذلك وله في الضفدع قولان وفي الكتاب ذكر عن ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى قال لا بأس بصيد البحر كله وقيل الصحيح في مذهب ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى ما يؤكل كل جنسه من صيد البر يؤكل كل من صيد البحر وما لا يؤكل من صيد البر كخنزير ونحوه لا يؤكل كل من صيد البر واستدل الشافعي رحمه الله تعالى بالآية والخبر وليس فيهما تقييد السمك من بين صيد الماء وميتاتها وفي حديث أبي سعيد الخدري رحمه الله تعالى قال كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم في سفر فأصابتنا مجاعة فألقى البحر لنا دابة يقال لها عترة فأكلنا منها وتزودنا فلما رجعنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله عن ذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه هل بقي عندكم شيء فتطعموني وحجتنافي ذلك قوله تعالى أو لحم خنزير ولم يفصل بين البرى والبحرى وسئل عليه الصلاة والسلام عن مخ الضفدع يجعل في الدواء فهي عن قتل الضفادع وقال انها خبيثة من الخبائث فان ثبت بهذا الحديث أن الضفدع مستحب غير مأكول فقيس عليه سائر حيوانات الماء ومن يقول يؤكل جميع صيد البحر دخل عليه أمر قبيح فانه لا يجد بدا من أن يقول يؤكل كل انسان الماء وهذا تشنع فعرفنا أن المأكول من المائى السمك فقط وان المراد بقول الله تعالى أحل لكم صيد البحر ما يؤخذ منه طريا ومن قوله تعالى وطعامه متاعا لكم المالح المقدد منه والصحيح من حديث أبي سعيد رضي الله

تعالى عنه فألقى لنا البحر حوتا يقال له عنبر وهو اسم للسماك وتأويل الرواية الأخرى أنه جوز لهم تناول ضرورة المجاعة أو كان ذلك قبل نزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ثم الأصل عندنا في اباحة السمك أن ما مات منه بسبب فهو حلال كلما أخذ منه وما مات بغير سبب فهو غير مأكول كالطافيء فإن ضرب سمكة فقطع بعضها فلا بأس بأكلها لوجود السبب وكذلك إن وجد في بطنها سمكة أخرى لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن قتلها شيء من طير الماء وغيره وكذلك إن ماتت في جب لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك إن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب وإذا مات السمك في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيئاً القاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها في الماء فمات فهذا كله سبب لموتها وهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه الصلاة والسلام ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد فمات فأما إذا ماتت ببحر الماء أو برده ففيه روايتان فعلى إحدى الروايتين تؤكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الأخرى لا تؤكل لأن الماء لا يقتل السمك حاراً أو بارداً (وروى هشام عن محمد رحمهما الله أنه إذا انحسر الماء عن بعضه فإن كان رأسه في الماء فمات لا يؤكل وإن انحسر الماء عن رأسه وبقي ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل. قال) وإذا أرسل بازيه المعلم على صيد ووقع على صيد ثم اتبع الصيد وأخذه وقتله فلا بأس بأكله (لأن هذا مما لا يستطاع الامتناع منه ولأن من عادة البازي هذا أن يقع على شيء وينظر إلى صيد ليأتيه من الجانب الذي يتمكن من أخذه فهو بمنزلة كمين القهيد فلا يحرم به صيده ولا ينقطع به فور الأرسال. قال) وإذا أصاب السهم الصيد فأثخنه حتى لا يستطيع براحا ثم رماه بسهم آخر فقتله لم يحمل أكله) لأن هذا قد صار أهلياً فقد عجز بالفعل الأول عن الاستيحاش والطيران فذكابه بعد ذلك بالذبح في المذبح لا بالرمي بل الرمي في مثله موجب للحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحرمة والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة ولأن أثخانها إياه كأخذه ولهذا لو أثخنه أحدهما وأخذه الآخر فهو للأول ولو أخذه ثم رماه فقتله لم يؤكل فكذلك إذا أثخنه وإن رمى بالسهم الثاني غيره فقتله لم يحمل أيضاً لما بينا ويفرم قيمته مجروحاً للأول في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأبو حنيفة في هذا لا يخالفهما ولكن لم يحفظ جوابه فذكر قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله وهذا لأن الفعل من الأول موجب للملك له والحل له والثاني بفعله أُلْفَ صيداً مملوكاً للاول فيضمن قيمته بالصفة التي أُلْفَه وانما أُلْفَه بجروجا بالجرح الأول وان علم أنه مات من الجرحين جميعاً فإنه يضمن نصف قيمته بجروحاً بالجرح الأول ونصف قيمته لحما ذكياً لأن النصف مات بفعله والنصف بفعل الأول لأن الثاني أفسد عليه اللحم في ذلك النصف فلهذا ضمن نصف قيمته لحماً ذكياً وان أصابته رمية الثانية قبل أن يصيبه الاول لم يحرم أكله ولا يلزمه غرمه لأن رمية الثانية لم تخرجه من أن يكون صيداً فقد سبق ملكه فلا يغرم له شيئاً * واذا كان الصيد يتحامل ويطير مع اصابه من رمية الاول فرماه الآخر فقتله فهو للثاني حلال لأنه هو الذي أخرجه من أن يكون صيداً بفعله والاول كالمقر له والثاني كالآخذ والصيد لمن أخذ لا لمن أثار (وان رمياه جميعاً معاً أو أحدهما بعد صاحبه قبل أن يصيبه السهم الاول فقتلاه فهو لهما جميعاً حلال) لأن كل واحد منهما رمى الى صيد مباح وأصابه الرميّتان جميعاً معاً فقد استويا في سبب الملك وذلك موجب المساواة في الملك وفعل كل واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما وان رمياه معاً فأصابه سهم أحدهما فأخذه ثم أصاب السهم الآخر فهو للاول ويحل تناوله عندنا وقال زفر رحمه الله لا يحل لأن الرمية من الثاني أصابته وليس بصيد والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي فلهذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لأنه رمى الى صيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لأن الحل بالذكاة وهو فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر لموتها سبب واذا مات السمك بالشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل منها شيئاً ألقاه في الماء ليأكله فمات منه وذلك معلوم فلا بأس بأكله وكذلك لو ربطها في الماء فهذا كله سبب لموتها والمعتبر وقت الاصابة لا وقت الرمي فلهذا لا يحل أكله ولكننا نقول فعل كل واحد منهما موجب للحل لأنه رمى الى الصيد وفي الحل المعتبر وقت الرمي لأن الحل بالذكاة وهو فعل المذكي وفعله الرمي فأما في الملك المعتبر وقت الاصابة لأن الملك يثبت بالاحراز واحراز الصيد بالاصابة دون الرمي وعلى هذا لورمى الى صيد وسمى فتكسر الصيد ثم أصابه السهم حل عندنا ولم يحل عند زفر ومن أخذ صيداً أو فرخ صيد من دار رجل أو أرضه فهو له لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذ وهذا لأن صاحب الملك لم يثبت يده على فرخ الصيد لكونه في ملكه لأنه ما أفرخ ليركه بل ليطيره . بخلاف النحل العسالة اذا

عسلت في أرض رجل فهو لصاحب الأرض لأنها الفت ذلك للترك والقرار في ذلك
الموضع فهو بمنزلة طين مجتمع في أرض رجل من السيل يكون له . قال (ما لم يحرز
صاحب الدار القبض عليه أو اغلاق باب ليحرزه به بحيث يقدر على أخذه بغير صيد فإذا
فعل ذلك فقد تم احرازه) ثم الآخذ إنما أخذ صيداً مملوكاً فعليه رده على مالكه كمن نصب
شبكة فوق فيها صيد ثم أخذه انسان آخر فعليه رده على صاحب الشبكة (ولو تكسر صيد
في أرض انسان فصار بحيث لا يستطيع براحاً أو رمى صيداً فوقع في أرض رجل لا يدرى
من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذي أخذه) لأن الاحراز من الآخذ ولم يوجد من جهة
صاحب الملك احراز له وان عجز الصيد عن الطيران بما أصابه والمباح انما يملك بالاحراز
قال (وكل من اصطاد سمكا من نهر جار لرجل فهو للذي أخذه) لأن صاحب النهر ما صار
محرزاً له بل هو صيد في نهره فالحرز له من اصطاده وكذلك ان كانت أجمة لا يقدر على أخذ
صيدها الا بالاصطياد فصاحب الأجمة صار محرزاً لما حصل فيها من السمك انما المحرز
الآخذ فان كان صاحب الأجمة احتال لذلك حتى أخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب
الأجمة لانه صار محرزاً بما صنع فالسمك على اليبس لا يكون صيداً فإذا صار بفعله بحيث
يتمكن من أخذه من غير صيد فهو محرز له . قال (واذا عجز المسلم عن مد قوسه واعانه مجوسي
على مده لم يحل الصيد) لاجتماع الموجب للحظر والموجب للحل فان فعل المجوسي من
جنس فعل المسلم فتحققت المشاركة بينهما كما لو أخذ مجوسى بيد المسلم فذبح والسكين في يد
المسلم قال (واذا أصاب السهم الصيد فوقع على الأرض ومات حل أكله استحساناً) وفي
القياس لا يحل لجواز أن يكون مات بوقوعه على الأرض . وجه الاستحسان أن هذا مما
لا استطاع الامتناع عنه اذ ليس في وسعه ان يرميه على وجه يبقى في الهواء ولا يسقط وان
وقع في ماء أو على جبل ثم وقع منه على الأرض ومات لم يؤكل . وفي الوقوع في المال أثر
عن ابن مسعود رضي الله عنه وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن
حاتم رضي الله عنه وقد بينا ولان من الجائز أن الماء قتله وهذا استطاع الامتناع منه
وكذلك ان وقع على جبل ثم منه على الأرض فهذا مترد ومن الجائز أن التردى قتله
وقد قال الله تعالى في جملة المحرمات والمتردية وكذلك كل ما أصابه قبل ان يستقر على
مكانه الذي يموت عليه يعنى وقع على شجرة ثم وقع منها على الأرض وان مات على ذلك

الشيء ولم يقع على الارض حيا فهو حلال وكذلك ان مات قبل وقوعه في الماء ثم وقع
 في الماء لان التردى والوقوع في الماء كان بعد تمام فعل الذكاة ولم يكن سببا لموته وان
 وقع على جبل ومات ولو على السطح فمات حل لان الموضع الذي وقع فيه بمنزلة الارض وقد
 بينا أن ذلك لا يستطاع الامتناع منه فيكون عفواً وهذا اذا كان ما وقع عليه مما لا يقتل
 فان كان ما يقتل مثل حد الرمح والقضبة المنصوبة وحد الآجر والبننة القائمة ونحوها لم يؤكل
 لان هذا سبب لموته وهو فعل آخر سوى فعل الذكاة يستطاع الامتناع منه وفي الاصل
 قال ان وقع على آجرة موضوعة على الارض فمات فهذا بمنزلة الارض ويؤكل وذكر في المنتقى
 لو وقع على صخرة فانشق بطنه فمات لم يؤكل وليس هذا باختلاف الروايات بل مراده ما
 ذكر في المنتقى اذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وهذا سبب لموته سوى الذكاة.
 ومراده مما ذكر في الاصل انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه
 وذلك عفواً لانه لا يستطاع الامتناع منه قال (فان رمى صيدا بسهم فأصاب فر السهم في
 سننه فأصاب ذلك الصيد أو غيره أو أصابه ونفذ الى غيره فأصابه حل جميع ذلك) لما بينا أن
 فعل الرمي يذكي لما يصيبه في سننه سواء أصاب صيدا أو صيدين وان عرض للسهم ريح
 فرده الى ما وراءه فأصاب صيدا لم يؤكل لان الاصابة لم تكن بقوة الرامي بل بقوة الريح
 فهو نظير سهم موضوع في موضع حمله الريح فضربه على صيد فمات وفعل الريح لا يكون
 ذكاة الصيد وكذلك ان رده يمنة أو يسرة حتى اذا أصاب صيدا لم يحل وان لم يرده عن جهته
 حل صيده لانه ما دام يمضي في سننه فضيه مضاف الى قوة الرامي فأما اذا رده الريح يمنة
 أو يسرة فقد انقطع حكم هذه الاضافة لان الرامي لا يجب مضي السهم يمنة أو يسرة
 فيصير مضافا الى الريح لا الى الرامي وما دام يمضي في جهته فالريح يزيده في قوته فلا
 ينقطع به حكم اضافة القوة الى الرامي وعن أبي يوسف قال وان رده يمنة أو يسرة لم يحل
 أيضاً لانه ليس بضد للجهة التي قصدها الرامي ولا يمكن الاحتراز عنه اذا كان يضطرب في
 يوم ريح وكذلك لو أصاب السهم حائطا أو شجراً أو شيئاً آخر ففردته فهو حلال للريح حوله
 في جميع ما ذكرنا لان مضيه الى ما وراءه بصلافة الشجر والحائط لا بقوة الرمي وكذلك
 لو أصابه سهم آخر قبل أن يصيب الصيد فردته عن وجهه فأصاب صيدا لم يؤكل ولو قتل
 هذا اذا كان الرامي بالسهم الثاني مجتنباً أو لم يكن قصده الاضحية انما كان قصده الرامي الثاني

ذلك السهم فأما إذا كان قصد الثاني الاصطياد وسمى فإن الصيد يكون له ويحل تناوله ولا فرق بين أن يصيبه سهم أو يردسها آخر فيصيبه وقيل بل لا يحل على كل حال لأن الحل باعتبار فعل الرامي وجرح الآلة والسهم الذي رماه للثاني ما جرح الصيد والذي جرح الصيد مارماه الثاني ولا كان مضيه بقوة من رمى به فهو بمنزلة ما لو أصاب السهم قصبة محدودة منصوبة في حائط وأصاب تلك القصبة الصيد بجرحته وذلك غير مأكول فهذا مثله. قال (ولا يحل صيد البندق والحجر والمراض والعصا وما أشبه ذلك وإن جرح) لأنه لم يخرق إلا أن يكون شيئاً من ذلك قد حددته وطوله كالسهم وأمكن أن يرمى به فإذا كان كذلك وخرقه بجرحه حل لما بينا أن المطلوب بالذكاة تسيل الدم وذلك يحصل بالخرق والبضع فأما الجرح الذي يدق في الباطن ولا يخرق في الظاهر فلا يحصل تسيل الدم به فهو في معنى الموقوفة والموقوفة حرام بالنص والمثقل بالحديد وغير الحديد في ذلك سواء وكذلك لورمى الصيد بالسكين فأصابه بجرحه يؤكل وإن أصابه بقفا السكين لم يؤمقبض السكين لم يؤكل والمزراق كالسهم يخرق ويعمل في تسيل الدم وإن جرحه مروقاً فذبح بها صيداً حل لحصول تسيل الدم بجرح الآلة وفي حديث محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد رضي الله عنه قال أخذت أرنبتين فذبحتهما بمروقة بمجدة ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجوز لي أكلهما. قال (وما توحش من الملائكة حل ابتلايكم به الصيد من الرمي) كما بينا من الخبر أن لها أولاً وبداً كلوا بدها والخنس وقد روى عن محمد بن أبي البقيعة والبقرة إذا نه في المصر أو خارج المصر فملاها الإنسان حل لأنه لا يدفع عن نفسه لصيدها ولا يخاف قوته وإن كان في المصر أو لما للشاة إذا مبدت في المصر فلا تحل بالرماية إلا أنه يمكن أخذها في المصر وأما في مصر العجوة على ذكاة الاختيار وإذا مبدت خارج المصر تحل بالرماية لأنه يخاف قوتها خارج المصر ولا يجوز عن ذكاة الاختيار ويكتفى فيها بذكاة الأضطرار. قال (وإذا أصابت السهم الطائف والتمر فقتله الحل أيضاً به إذا لم يملك أو وصلت الرمية إلى اللحم) لأنه ما هو المقصود وهو تسيل اللحم قد حصل وكذلك المثرى في بئر لا يقدر على ذكائه فإنما وجب له منه فله ما فيه ذكاة لأن المقابر وقبور العجزة عن ذكاة الاختيار وقد تحقق ذلك بالتردي في البئر فهو بمنزلة ما لو سقط. قال (وإن رمى صيداً بالسيف فأبان منه عضواً أو ملكاً أو كل الصيد كله إلا ما كان عليه لقوله عليه الصلاة والسلام مملكتين من الطي فهو ميت أو من الطير رسول الله صلى

الله عليه وسلم تحريم ما كانوا يعتادونه في الجاهلية فانهم كانوا يقطعون بعض لحم الالية من
 الشاة وربما لا يقطعون بعض لحم العجز منها فيأكلونه فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم
 ذلك لان فعل الذكاة لا يتحقق في المبان مقصوداً وأصل الشاة حية وبدون الذكاة لا يثبت
 الحل وهذا المعنى موجود هنا فحكم الذكاة استقر في الصيد بعد مامات وهذا العضو مبان
 من حين مات فلا يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو ولا يمكن اثبات حكم الذكاة في
 ذلك العضو مقصوداً بالابانة كما لو بقي الصيد حياً فلهذا لا يؤكل ذلك العضو وان لم يكن
 بان ذلك العضو منه أكل كله لان بقاء الاتصال يسرى حكم الذكاة الى ذلك العضو فيكون
 حلالاً كغيره وان كان تعلق منه بجلدة فان كان بمنزلة ما قد بان منه فلا يؤكل ومراده من
 ذلك اذا كان بحيث لا يتوهم اتصاله بعلاج فهو المبان سواء وان كان بحيث يتوهم ذلك فهذا
 جرح وليس بابانة فيؤكل كله وان قطعه نصفين يؤكل كله لان فعله أثر ما يكون من الذكاة
 اذ لا يتوهم بقاءه حياً بعد ما قطعه نصفين طولاً وان قطع الثلث منه مما يلي العجز فأبانه
 فانه يؤكل الثلثان اللذان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز فان قطع الثلث مما يلي
 الرأس فأبانه فانه يؤكل كله لان ما بين النصف الى العنق مذبح يريد به أن الاوداج من
 القلب الى الدماغ وان قطع الثلث مما يلي العجز لم يستقر فعل الذكاة بهذا حين لم تقطع
 الاوداج وانما استقر بموته وهذا الجرح مبان عنه عند ذلك فأما اذا أبان الثلث مما يلي الرأس
 فقد استقر حكم الذكاة بقطع الاوداج بنفسه وكذلك ان قده نصفين فقد استقر فعل الذكاة
 بقطع الاوداج فلهذا يؤكل كله فان أبان طائفة من رأسه فان كان أقل من النصف
 لم يؤكل ما بان منه لان الرأس ليس بمذبح فهو كما لو أبان جزءاً من الذنب وان كان النصف
 أو أكثر أكل لانه يتقطع الاوداج به فيكون فعله ذكاة بنفسه قال (ولو ضرب وسمى وقطع
 ظلغه فان أدماه فلا بأس بأكله وان لم يكن أدماه لم يؤكل) لان تسهيل الدم النجس لم يحصل
 وعلى هذا لو ضرب عنق شاة بسيف فأبانه من قبل الاوداج فانه يؤكل وفي الكتاب رواه
 عن عمران بن حصين رضى الله عنه وقد اساء فيما صنع حين ترك الاحسان في الذبح *
 واختلف المتأخرون من مشايخنا رحمهم الله فيمن ذبح شاة في المذبح فلم يسيل الدم منها
 وقد يكون ذلك اذا كانت قد أكلت العناب وكان أبو القاسم الصفار رضى الله تعالى عنه
 يقول لا يحل لا نعدام معنى الذكاة وهو تسهيل الدم النجس وقد قال عليه الصلاة والسلام

ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل وكان أبو بكر الاسكاف رحمه الله تعالى يقول لا بأس
 بأكله لوجود فعل الذكاة على ما قال عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة والاحيين وقد
 يمتنع بعض الدم في العروق لحابس يحبس به وذلك غير موجب للحرمة بالاتفاق وهذا مثله لم
 يبين ما يؤكل وما لا يؤكل من الصيد وقد تقدم بيان ذلك . وذكر في جملة ما لا يؤكل
 اليربوع والقنفذ وما أشبههما من الهوام لان الطباع السليمة تستخبها فيدخل تحت قوله تعالى
 ويحرم عليهم الخبائث . قال (ولا يجوز بيع الضفدع والسرطان وما أشبههما وكذلك جمل الماء
 ولا يجوز بيع شيء من ذلك الا السمك) لانه ليس له ثمن ومعنى هذا ما بينا أن البيع لا يجوز
 الا فيما هو مال متقوم والمال ما يتمول والتقوم به يكون منتفعاً به وسائر حيوانات الماء سوى
 السمك غير ما كول اللحم ولا منفعة لها سوى الاكل فلم يكن مالا متقوماً فان كان شيئاً له
 ثمن جلود الحر ونحوها فيبعه جائز لان هذا منتفع به بوجه حلال فيكون متقوماً فيجوز
 بيعه . قال (ولا خير في أكل النسر والعقاب وأشباههما من صيد البر) لانه النبي عليه الصلاة
 والسلام عن كل ذي مخلب من الطير فأما العقعق والسودانية وأشباه ذلك مما لا مخلب
 له فلا بأس بأكله وقد بينا الكلام في الغراب فيما سبق . قال (ولا تكره الصلاة على جلد ما
 يكره أكله من ذي الناب) لان الذكاة تعمل فيما يؤكل لحمه في طيبة اللحم وطهارة الجلد
 وفيما لا يؤكل لحمه يعمل في طهارة الجلد وان كان لا يعمل في طيبة اللحم لان الجلد محل قابل
 لهذا الحكم ألا ترى أنه يطهر بالدباغ قال عليه الصلاة والسلام ايماء اهاب دبغ فقد طهر فكذلك
 بالذكاة وقد بينا هذا الفصل في كتاب الصلاة وتكره لحوم الابل الجلالة والعمل عليها وتلك
 حالها الى أن تجمس أياماً لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الجلالة
 وفي رواية أن يحج على الجلالة ويعتمر عليها وينتفع بها وتفسير الجلالة التي تعتاد أكل الجيف
 ولا تخلط فيتعين لحمها ويكون لحمها منتناً فحرم الاكل لانه من الخبائث والعمل عليها لتأذي
 الناس بنيتها وأما ما يخلط فيتناول الجيف وغير الجيف على وجه يظهر أثر ذلك من لحمه فلا
 بأس بأكله والعمل عليه حتى ذكر في النوادر لو أن جدياً غذى بلبن خنزير فلا بأس بأكله
 لانه لم يتغير لحمه وما غذى به صار مستهلكاً ولم يبق له أثر وعلى هذا نقول لا بأس بأكل
 الدجاجة وان كانت تقع على الجيف لانها تخلط ولا يتغير لحمها ولا يثن وقيل هي تنقش
 الجيف بتنفى الحب فيها لا أن تتناول الجيف وكان ابن عمر رضي الله عنه يكره أكل الدجاج

لأنه يتناول الجيف . ولسنا نأخذ بهذا وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من
لحم الدجاج ولو كان فيه أدنى خبث لا تمتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من تناوله والذي
روى أنه كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يذبحها فذلك على سبيل التنزه من غير أن يكون
ذلك شرطاً في الدجاجة وغيرها مما يخلط وإنما يشترط ذلك في الجلالة التي لا تأكل إلا الجيف
وفي الكتاب قال تحبس أياماً على علف طاهر قيل ثلاثة أيام وقيل عشرة أيام والأصلح
أنها تحبس إلى أن تزول الرائحة المنتنة عنها لأن الحرمة لذلك وهو شيء محسوس ولا يتقدر
بالزمان لاختلاف الحيوانات في ذلك فيصار فيه إلى اعتبار زوال المضر فإذا زال بالعلف
الظاهر حل تناوله والعمل عليه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر وأوله كتاب الذبائح﴾

﴿ الجزء الثاني عشر من ﴾

كِتَابُ

الْمُبْسُوطِ لِشَيْخِ الْإِسْلَامِ السَّيِّدِ بْنِ

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جماعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

﴿ حقوق الطبع محفوظة للملزم ﴾

الحاج محمد قنديل مسكني المغربي لنوشي

بنسبة السبغاه بجوار محافضة مصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الذبايح

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونور الاسلام السرخسي رحمه الله تعالى (لا يحل ما ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قتل وتخنيق وليس بذبح) ففي الذبح الانقطاع بحدّة الآلة وفي هذا الموضع الانقطاع بقوته لا بحدّة الآلة ولان آلة الذبح غير الذابح وسنه وظفّره منه ولا بأس باكله اذا كان منزوعاً عندنا ولا يحل عند الشافعي رحمه الله لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ما خلا السن والظفر فانها مدى الحبشة ولكننا نقول المراد غير المنزوع فان الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفّره قبل النزاع وذكر في بعض الروايات ما خلا العض بالسن والقرض بالظفر والعض والقرض انما يتحقق في غير المنزوع عادة ثم المنزوع آلة محدّدة يحصل بها تسهيل الدم النجس فكانت كالسكين الا أنه يكره الذبح بها لزيادة ايلام ومشقة على الحيوان ولا يعد هذا الفصل من الاحسان في الذبح قال عليه الصلاة والسلام اذا ذبحتم فأحسنوا الذبح الحديث . قال (وما أنهر الدم وأفرى الاوداج فلا بأس بأن يذبح به حديداً كان أو قصباً أو حجراً محدداً أو غير ذلك) لما روى أن عدي بن حاتم رضى الله عنه قال أرايت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان صاد أحدنا صيداً وليس معه سكين فذبحه بشق العصا أو بالمروة أي حل ذلك فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت وكل . ولان المقصود تمييز الطاهر من النجس وذلك حاصل بكل آلة محدّدة ثم تمام الذكاة بقطع الحلقوم والمرى والودجين فان قطع الاكثر من ذلك فذلك كقطع الجميع في اجل حصول المقصود في الاكثر من ذلك * واختلفت الروايات في تفسير ذلك فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا قطع ثلاثاً منها أي ثلاث كان فقد قطع الاكثر . وعن محمد رحمه الله قال ان قطع الاكثر من كل

واحدة منها فذلك يقوم مقام قطع الجميع فأما بدون ذلك بتوهم البقاء فلا تتم الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله قال وإن قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين حل وشرط ثلاثة فيها الحلقوم والمرى وأحد الودجين لأن الحلقوم مجرى العلف والمرى مجرى النفس والودجان مجرى الدم فبقطع أحد الودجين يحصل ما هو المقصود من تسهيل الدم فأما قطع مجرى النفس لا بد منه ولا يقوم غيره مقامه في ذلك والشافعي رحمه الله يقول وإذا قطع الحلقوم والمرى حل وإن لم يقطع الودجين لأنه لا بقاء بعد قطع الحلقوم والمرى ولكن هذا فاسد لأن المقصود تسهيل الدم النجس وبدون حصول المقصود لا يثبت الحل . قال (وإذا ذبحت شاة من قبل الفقا فقطع الأكثر من هذه الأشياء قبل أن تموت حلت) لتتمام فعل الذكاة وإن ماتت قبل قطع الأكثر لم تحل لأنها ماتت بالجرح لا بالذبح في المذبح ولأنه لا يثبت الحل عند القدرة على الذبح في المذبح ويكره هذا الفعل لما فيه من زيادة إيلاام غير محتاج إليه قال (وكذلك إن ضربها بسيف فأبان رأسها حلت ويكره وكذلك إن ذبحها متوجهة لغير القبلة حلت ولكن يكره ذلك) لأن السنة في الذبح استقبال القبلة هكذا روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل بأضحيته القبلة لما أراد ذبحها وهكذا نقل عن علي رضي الله تعالى عنه وهذا لأن أهل الجاهلية ربما كانوا يستقبلون بذبائحهم الأصنام فأمرنا باستقبال القبلة لتعظيم جهة القبلة ولكن تركه لا يفسد الذبيحة بخلاف ترك التسمية لأن في التسمية تعظيم الله تعالى وذلك فرض فأما استقبال القبلة لتعظيم الجهة وذلك مندوب إليه في غير الصلاة فهذا كان تركه موجباً للكرهية غير مفسد للذبيحة . قال (وإن نحر البقرة حلت ويكره ذلك) لما بينا أن السنة في البقرة الذبح قال الله تعالى إن يأمركم أن تذبحوا بقرة (بخلاف الإبل فالسنة فيها النحر) وهذا لأن موضع النحر من البعير لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه عليه لحم غليظ فكان النحر في الإبل أسهل فأما في البقر أسفل الحلق وأعلاه فاللحم عليه سواء كما في الغنم فالذبح فيه أيسر والمقصود تسهيل الدم والعروق من أسفل الحلق إلى أعلاه فالمقصود يحل بالقطع في أي موضع كان منه فهذا حل وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحين ولكن ترك الأسهل مكروه في كل جنس لما فيه من زيادة إيلاام غير محتاج إليه . قال (وإن ذبح الشاة فاضطربت فوقعت في ماء أو تردت في موضع لم يضرها شيء) لأن فعل الذكاة قد استقر فيها فانما انزهاق حياتها به ولا معتبر

باضطرابها بعد استقرار الذكاة فهذا لحم وقع في ماء أو سقط من موضع . قال (وإن أراد أن
 يذبح عدداً من الذبائح لم تجز التسمية للأولى عما بعدها) لما بينا أن الشرط أن يسمى على
 الذبح وذبحه للشاة الثانية غير ذبحه للشاة الأولى . قال (ولو أضمجها للذبح وسمى عليها ثم
 ألقى تلك السكين وأخذ أخرى فذبح بها توكل) لوجود التسمية منه على فعل الذبح بخلاف
 الرمي لأنه لو أخذ سهاً وسمى عليه ووضعها وأخذ سهاً آخر جدد عليه التسمية لما بينا أن
 المعتبر هناك التسمية على فعل الرمي وذلك يحل والسهم الثاني غير الأول وهنا الشرط التسمية
 على الذبح دون السكين وفعل الذبح يختلف باختلاف المذبوح لا باختلاف السكين
 فوزان هذا من ذلك أن لو ترك تلك الشاة وذبح أخرى بتلك التسمية . قال (ولو كلم انساناً
 أو شرب ماء أو حد سكيناً وما أشبه ذلك من عمل لم يكثر ثم ذبح جاز بتلك التسمية)
 لوجود التسمية على الذبح فبالعمل اليسير لا يقع الفصل بين التسمية والذبح بخلاف ما إذا
 طال الحديث أو طال العمل ثم ذبح فإنه مكروه لحصول الفصل بين التسمية والذبح ألا
 ترى أن بالعمل الكثير ينقطع المجلس وباليسير لا ينقطع وكذلك الكلام . قال (وإن قال
 مكان التسمية الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر يريد به التسمية أجزأه) لأن الشرط
 ذكر الله تعالى على التعظيم وقد حصل وأبو يوسف رحمه الله يفرق بين هذا وبين التكبير
 فيقول المأمور به هنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهناك المأمور
 به التكبير وبهذه اللفاظ لا يكون تكبيراً فلا يصير شارعاً في الصلاة إذا كان يحسن التكبير
 وإن أراد بذلك التحميد دون التسمية لا يحل لأن الشرط تسمية الله تعالى على الذبح وإنما يتميز
 الذكر على الذبح وغيره يقصد منه التسمية فإذا لم يقصد التسمية لا يحل حتى إذا عطس
 فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس لم يحل بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله في الخطيب
 إذا عطس على المنبر فقال الحمد لله يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر على إحدى الروايتين
 لأن المأمور به هناك ذكر الله تعالى مطلقاً لقوله تعالى فاسعوا إلى ذكر الله وهنا المأمور به
 ذكر الله على الذبح وبمعرفة حدود كلام الشرع يحسن الفقه . قال (ويكره أن ينزع وقد نهى
 عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن ذلك) وبيننا أن معناه أن يبلغ الحد النخاع وهو عرق أبيض
 في وسط عظم الرقبة ولكن مع هذا توكل لأن النهي ليس لنقصان فيما هو المطلوب للذبح
 وهو تسيل الدم بل لزيادة إيلاام غير محتاج إليه . قال (ويكره أن يجز الشاة إلى مذبحتها) وقد

بينا النهي عن ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه وكذلك
 يكره أن يحد الشفرة بعد ما أضحجها وقد روينا النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 وعن عمر رضي الله تعالى عنه إلا أن النهي ليس لتقصان فيما هو المطلوب للذبح فلا يوجب
 الحرمة . قال (ويكره أن يسمى مع اسم الله تعالى شيئاً فيقول اللهم تقبل من فلان) لقول
 ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية ولأن الشرط بتسمية الله تعالى على الخلوص عند
 الذبح قبل فما يكون منه من الدعاء فينبغي أن يكون قبل الذبح أو بعده كما روى عن النبي
 صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد أن يذبح أضحجته قال اللهم هذا منك واليك صلاتي ونسكي
 ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله
 أكبر ثم يذبح وهكذا روي عن علي رضي الله عنه . قال (ولا بأس بذبيحة المسلمة والكتابية)
 لأن تسمية الله تعالى على الخلوص يتحقق من النساء كما يتحقق من الرجال وكذلك الصبي
 الذي يعقل ويضبط فهو من أهل تسمية الله تعالى على الخلوص ولهذا صح إسلامه وإن كان
 لا يعقل فلا يتحقق منه تسمية الله تعالى على الخلوص وهو شرط الحل فهذا لاخير في
 ذبيحته . قال (ولا بأس بذبيحة أهل الكتاب من أهل الحرب) هكذا روى عن علي
 رضي الله تعالى عنه وهذا لأنهم يدعون التوحيد سواء كانوا أهل الذمة أو أهل الحرب وإنما
 أباح الشارع ذبائحهم لأنهم أهل الكتاب قال الله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل
 لكم والحربي والذي في ذلك سواء . قال (وذبيحة الاخرس حلال مسلماً كان أو كتيباً)
 لأن عذره أبين من عذر الناس فإذا كان في حق الناس تقام مائته مقام تسميته ففي حق
 الاخرس أولى . قال (وما أدركت من المتردية والنطيحة وما أكل السبع ونظائر هذا
 فذكيته حل لقوله تعالى إلا ما ذكيتم) ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا علم أنها كانت حية
 حين ذبحت حلت سواء كانت الحياة فيها متوهمة البقاء أو غير متوهمة البقاء لأن المقصود
 تسهيل الدم النجس بفعل ذكاة وقد حصل وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان يتوهم أن يعيش
 يوماً أو أكثر تحل بالذكاة وفي رواية اعتبر توهم البقاء أكثر من نصف يوم لأن مادون
 ذلك اضطراب المذبوح فلا معتبر به وعن محمد رحمه الله تعالى قال إذا نقر الذئب بطن شاة
 وأخرج ما فيها ثم ذبحت لم تحل لانه ليس فيها حياة مستقرة فانه لا يتوهم أن تعيش بعدها فما
 بقي فيها الا اضطراب مذبوح وذلك غير معتبر . قال (ومن ذبح شاة أو غيرها فخرج من

بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين) في قول أبي حنيفة وزفر وهو قول إبراهيم وحكم ابن
 عيينة رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يؤكل إلا أنه روى عن محمد
 رحمه الله أنه قال إنما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت خلقته فأما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا
 يؤكل واحتجوا بقول الله تعالى ومن الأنعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة
 والحمولة الكبار فقد من الله تعالى على عباده بأكل ذلك لهم وفي المشهور أن النبي عليه الصلاة
 والسلام قال ذكاة الجنين ذكاة أمه معناه ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين كما يقال لسان
 الوزير لسان الأمير وبيع الوصي بيع اليتيم * وروى ذكاة أمه بالنصب ومعناه بذكاة
 أمه إلا أنه صار منصوبا بنزع حرف الخفض عنه كقوله تعالى ما هذا بشرا أى يبشر
 وعن أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه أن قوماً سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالوا
 انا لننحر الجزور فيخرج من بطنها جنين ميت أفنلقية أم نأكله فقال صلوات الله وسلامه عليه
 كلوه فان ذكاة الجنين ذكاة أمه والمعنى فيه ان الذكاة تنبني على التوسع حتى يكون في
 الأهل بالذبح في المذبح فاذا ند فبالجرح في أى موضع أصابه لان ذلك وسع مثله
 والذي في وسعه في الجنين ذبح الام لانه مادام مخبياً في البطن لا يتأتى فيه فعل الذبح مقصوداً
 وبعد الإخراج لا يبقى حياً فتجعل ذكاة الام ذكاة له لان تأثير الذبح في الام في زهوق
 الحياة عن الجنين فوق تأثير الجرح بحل رجل الصيد فالغالب هناك السلامة وهنا الهلاك
 ثم اكتفى بذلك الفعل لانه وسع مثله فهنا أولى ولان الجنين في حكم جزء من اجزاء الام
 حتى يتغذى بغذاؤها وينمو بنمائها ويقطع عنها بالمقراض كما في بيان الجزء من الجملة ويتبعها في
 الأحكام تبعية الاجزاء حتى لا يجوز استثناء في عنقها وبيعها كاستثناء يدها ورجلها وثبوت
 الحل في البيع لوجود فعل الذكاة في الاصل والدليل عليه انه يحل ذبح الشاة الحامل ولو لم
 يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملاً لما فيه من اتلاف للحيوان لا للمأكلة ونهى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك . وأبو حنيفة رحمه الله استدلل بقوله تعالى والمنخنقة
 فان أحسن أحواله أن يكون حياً عند ذبح الام فيموت باحتباس نفسه وهذا هو المنخنقة
 وقال عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم رضي الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك
 لا تدري أن الماء قتله أم سهمك . فقد حرم الأكل عند وقوع الشك في سبب زهوق
 الحياة وذلك موجود في الجنين فانه لا يدري أنه مات بذبح الام أو باحتباس نفسه وقد

يتأتى الاحتراز عنه في الجملة لانه قد يتوهم انفصاله حياً ليذبح * وعلل ابراهيم فقال ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين ومعنى هذا ان الجنين في حكم الحياة نفس على حدة مودعة في الام حتى ينفصل حياً فيبقى ولا يتوهم بقاء الجزء حياً بعد الانفصال وكذلك بعد موت الام يتوهم انفصال الجنين حياً ولا يتوهم بقاء حياة الجزء بعد موت الاصل والذكاة تصرف في الحياة فاذا كان في حكم الحياة نفساً على حدة فيشترط فيه ذكاة على حدة ولا تقول يتغذى بغذاء الام بل يبقية الله تعالى في بطن الام من غير غذاء أو يوصل الله اليه الغذاء كيف شاء ثم بعد الانفصال قد يتغذى أيضاً بغذاء الام بواسطة اللبن ولم يكن في حكم الجزء ولما جعل في سائر الاحكام تبعاً لم يتصور تقرر ذلك الحكم في الام دونه حتى لا يتصور انفصاله حياً بعد موت الام ولو انفصل حياً ثم مات لم يحل عندهم ففرغنا انه ليس يتبع في هذا الحكم وحقيقة المعنى فيه ما بينا ان المطلوب بالذكاة تسييل الدم لتمييز الظاهر من النجس وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود في الجنين أو المقصود تطيب اللحم بالنضج الذي يحصل بالتوقد والتلييب ولا يحصل ذلك في الجنين بذبح. وهذا الجواب عما قالوا ان الذكاة تنبئ على التوسع. قلنا نعم ولكن لا يسقط بالعدو وكما لو قتل الكلب الصيد غماً أو اختفاء وهذا لان المقصود لا يحصل بدون الجرح واباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل الجنين حياً فيذبح ولان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما ليس بما كول لمقصود الجلد والمراد بالحديث التنبيه لا النيابة أي ذكاة الجنين كذكاة أمه ألا ترى أنه ذكر الجنين أولاً ولو كان المراد النيابة لذكر النائب أولاً دون المنوب عنه كما قيل في الالفاظ التي استشهد بها ومثل هذا يذكر للتشبيه يقال فلان شبه أبيه وحظ فلان حظ أبيه وقال القائل

وعينك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

والمراد التشبيه ويصح هذا التأويل في الرواية بالنصب فان المنزوع حرف الكاف قال الله تعالى وهي تمر مر السحاب أي كمر السحاب ويحتمل الباء أيضاً ولكن ان جعلنا المنزوع حرف الكاف لم يحل الجنين وان جعلناه حرف الباء يحل ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرمة يغلب الموجب للحرمة والحديث مع القصة لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ميت أي مشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم

ميتون ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم كلوه أى اذبحوه وكلوه والمراد بالفرش الصغار فلا يتناول الجنين ولئن كان المراد به الجنس فقيه بيان أن الجنين مأكول وبه تقول ولكن عند وجود الشرط فيه وهو أن ينفصل حياً فيذبح فيحل به والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب الاضحية ﴾

قال رحمه الله تعالى أعلم بأن القرب المالية نوعان نوع بطريق التملك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالعتق ويجتمع في الاضحية معنيان فانه تقرب بآراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم وهو تملك . قال (وهي واجبة على المياسير والمقيمين عندنا) وذكر في الجامع عن أبي يوسف أنها سنة وهو قول الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقال عليه الصلاة والسلام خصصت بثلاث وهي لكم سنة الاضحية وصلاة الضحى والوتر . وقال صلى الله عليه وسلم ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وقال أبو مسعود الانصاري رضي الله عنه انه ليندو على الفشاة ويراح فلا أضحي مخافة أن يراها الناس واجبة ولانها لا تجب على المسافر وكل دم لا يجب على المسافر لا يجب على المقيم كالعبرة وهذا لانه لا يفرق بين المسافر والمقيم في العبادات المالية كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يستويان في ملك المال وانما الفرق بينهما في البدن لان المسافر يلحقه المشقة بالاداء بالبدن والدليل عليه ان يحل له تناول منه واطعام الفتي ولو كان واجباً لم يحل له تناول كما في جزاء الصيد ونحوه ولان التقرب بالاتلاف لا يجب ابتداء بل بسبب من العبد كالعتق في الكفارات ولهذا أوجبنا الاضحية بالنذر . ووجبنا في ذلك قوله تعالى فصل لربك وانحر أى وانحر الاضحية والامر يقتضي الوجوب وقال عليه الصلاة والسلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا والحاق الوعيد لا يكون الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ضحى قبل الصلاة فليعد ومن لم يضح فليذبح على اسم الله تعالى والامر يفيد الوجوب وفي قوله عليه الصلاة والسلام ضحوا أمر وقوله فانها سنة أبيكم ابراهيم أي طريقته فالسنة الطريقة في الدين وذلك لا ينفي الوجوب ولا حجة في قوله عليه الصلاة والسلام ولم تكتب عليكم فاننا نقول بأنها غير مكتوبة بل هي واجبة فالمسكتوب ما يكون فرضاً يكفر جاحده فقد كان رسول الله

صلى الله عليه وسلم مخصوصاً بكون الاضحية مكتوبة عليه كما قال وتأويل حديث أبي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما لا يضحيان في حال الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المسكين أو في حال السفر وهو تأويل حديث أبي مسعود رضي الله عنه ولا كلام في المسئلة على سبيل المقايسة والعبادات لا تثبت قياساً ولكن على سبيل الاستدلال تقول هذه قرينة يضاف اليها وفيها فتكون واجبة كالجمعة وبيان الوصف انه يقال يوم الاضحية وتأثيره أن اضافة الوقت اليه لا تتحقق الا وان يكون موجوداً فيه ولا يكون موجوداً فيه لا محالة الا وان تكون واجبة لجواز ان يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب وان اجتمعوا على ذلك لم يخرج من أن يكون موجوداً فيه استحقاقاً ولجواز الاداء فيه لا يصير الوقت مضافاً اليه كسائر الأيام يجوز فيها الصوم ثم لا يسمى شهر الصوم الا رمضان فعرفنا ان اضافة الوقت الى القرينة تدل على وجوبها فيه وانما لا تجب على المسافر لمعنى المشقة فان الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استصحاب ذلك في السفر ويفوت بمضي الوقت فلدفعت المشقة لا تلزمه كالجمعة بخلاف سائر العبادات المالية وإباحة التناول باذن من له الحق فانه بالتضحية يجعلها الله تعالى وقد قال الله تعالى فكلوا منها ولما كان من جنس التقرب بالتمليك ما هو واجب ابتداء فكذلك من جنس التقرب بالاتلاف ما هو واجب ابتداء وليس ذلك الا في الاضحية وفي الوجوب بالنذر دليل على ان من جنسه واجبا شرعاً فان ما ليس من جنسه واجبا شرعاً لا يصح التزامه بالنذر كمبادة المريض* ثم يختص جواز الاداء بأيام النحر وهي ثلاثة أيام عندنا قال عليه الصلاة والسلام أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعد ذلك. وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه تجوز في اليوم الرابع وهو آخر أيام التشريق وهذا ضعيف فان هذه القرينة تختص بأيام النحر دون أيام التشريق ألا ترى ان الافضل أداؤها في اليوم الاول وهو العاشر من ذى الحجة وهو يوم النحر لا أيام التشريق على ما قيل الايام المعدودات ثلاثة وهي أيام النحر والمعلومات ثلاثة وهي أيام التشريق وتمضي هذه السنة في أربعة أيام فالיום الاول من المعدودات خاصة واليوم الآخر من المعلومات خاصة وقيل المعلومات عشر ذى الحجة والمعدودات أيام التشريق* ثم يختص جواز الاضحية بالابل والبقر والغنم ولا يجزئه الا الشئ من ذلك في الابل والبقر والمز ويجزى الجذع من الضأن اذا كان

عظيما سمينا لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ضحوا بالثنيات ولا تضحوا بالجذعان
ولأن الجذع ناقص وقد أمرنا في الضحايا بالاستعظام والاستشراف قال عليه الصلاة
والسلام عظموا ضحاياكم فإنها على الصراط مطاياكم. فأما الجذع من الضأن يجرى لحديث
أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن رجلا ساق جذعا إلى منى فبادت عليه فروى أبو هريرة
رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن فانتبهوها
ثم التئى من الغنم وهو الذى تم له سنتان عند أهل الادب وعند أهل الفقه الذى تمت له سنة
والثنى من البقر الذى تم له حولان وطعن في الثالث عند جمهور الفقهاء رحمهم الله ومن الابل
الذى تم له خمس سنين والجذع من الابل ما تم له خمس سنين ومن البقر ما تم له حولان
وهكذا من الغنم عند أهل الادب وعند أهل الفقه اذا تم له سبعة أشهر فهو جذع بعد ذلك
ولا خلاف أن الجذع من المعز لا يجوز وإنما ذلك من الضأن خاصة ثم أول وقت الاضحية
عند طلوع الفجر الثانى من يوم النحر إلا أن في حق أهل الامصار يشترط تقديم الصلاة
على الاضحية فمن ضحى قبل الصلاة في المصر لا تجزئه لعدم الشرط لا اقدم الوقت ولهذا جازت
التضحية في القرى بعد انشقاق الفجر * ودخول الوقت لا يختلف في حق أهل الامصار
والقرى إنما يختلفون في وجوب الصلاة فليس على أهل القرى صلاة العيد وإنما عرفنا هذا
في حق أهل الامصار بحديث البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال في خطبته من ضحى قبل الصلاة فليعد فقام خالى أبو بردة بن بشار رضي الله عنه قال
انى عجبت نسيكتي لا طعم أهلى وجيرانى فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فأعد نسيكتك
فقال عندي عتود خير من شاتين فقال صلوات الله وسلامه عليه تجزئك ولا تجزى أحدا
بعدك وقال عليه الصلاة والسلام أن أول نسكنا في هذا اليوم أن نصلى ثم نذبح ومن يذبح
من أهل الامصار أضحيته قبل أن يصلى الامام لم تجزه عندنا وقال الشافعى رحمه الله اذا مضى
من الوقت مقدار ما يصلى فيه صلاة العيد عادة جازت الاضحية بعد ذلك لأنهم لو صلوا
جازت التضحية فلا يتغير ذلك بتأخير الامام الصلاة كما لو زالت الشمس ولكن نقول
الواجب مراعاة الترتيب المنصوص وما بقى وقت الصلاة فمراعاة الترتيب ممكن بخلاف
ما بعد الزوال فقد خرج وقت صلاة العيد بزوال الشمس في هذا اليوم ولهذا تجوز التضحية
بعد ذلك. قال (واذا ذبحها بعد ما انصرف أهل المسجد قبل أن يصلى أهل الجبابة أجزأه

استحسانا) ومعنى هذا ان للامام أن يخرج بالناس الى الجبابة ويستخلف من يصلي بالضعفة في الجامع هكذا فعله على رضى الله تعالى عنه حين قدم الكوفة . قال (واذا ذبح بعد ما فرغ أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبابة ففي القياس لا تجزئه) لان اعتبار جانب أهل الجبابة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ولكننا استحسنا وقلنا قد أدت صلاة العيد في المصر حتى لو اكتفوا بذلك أجزأهم فتجوز التضحية بعد ذلك لان الترتيب المشروط قد وجد حين ضحى بعد صلاة العيد في هذا المصر ولم يذكر ما لو سبق أهل الجبابة بالصلاة فضحى رجل قبل أن يصلي أهل المسجد . وقيل في هذا الموضع يجوز قياساً واستحساناً لان المسنون في العيد الخروج الى الجبابة فأهل الجبابة هم الاصل وقد صلوا وقيل للقياس والاستحسان فيهما لان أداء الصلاة في المسجد أفضل منه بالجبابة واذا كان في الموضع الذي صلى فيه أهل المسجد قياساً واستحساناً لما ذكرنا فنهنا أولى . قال (ولا بأس بأن يضحي بالجماء وبمكسور القرن) أما الجماء فلان ما فات منها غير مقصود لان الاضحية من الابل أفضل ولا قرن له واذا ثبت جواز الجماء فكسور القرن أولى وقدروى في ذلك عن عمار بن ياسر رضى الله تعالى عنه . وكذلك الخصى لما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين امحيتين اقرنين موجودين احدهما عن نفسه والاخر عن أمته . والمراد خصيان وكان ابراهيم يقول ما زاد في لحمه بالخصاء أنفع للمساكين مما يفوت بالانثيين اذ لا منفعة للفقراء في ذلك . قال (ولا بأس أن يضحي بالجرباء والتولاء اذا كانت سمينة والجرباء التي بها جرب واذا كانت سمينة فالجرب في جلدها لافي لحمها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحي بالمعجفاء التي لا تنقى . والتولاء هي المجنونة والجنون عيب في القضاة لافي الشاة فاذا كانت سمينة فما هو المقصود منها باق واشترط السمن في الحديث الذي رويناه ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين امحيتين يرعيان في سواد وينظران في سواد وياً كلان في سواد ومقصود الراوى من هذه المبالغة بيان السمن . قال (ولا بأس أن يشترك سبعة نفر في بقرة أو بدنة) وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد بقرة واحدة وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة لقوله عليه الصلاة والسلام على أهل كل بيت في كل عام أضحية وعنبرة ومذهبنا مروى عن ابن مسعود وحذيفة رضى الله عنهما والاستدلال بحديث جابر رضى الله عنه قال اشتركنا يوم الحديبية في

البقرة والبدنة فأجاز النبي عليه الصلاة والسلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة والمراد
بذكر أهل البيت قيم البيت لأن اليسار له عادة. وقد ذكر في بعض الروايات على كل مسلم
في كل عام اضحاة وعنبرة ويستوى أن كان قصدهم جميعاً التضحية أو قصد بعضهم قربه أخرى
عندنا وعند زفر لا يجوز إلا إذا قصدوا جميعاً التضحية وقال الشافعي يجوز وإن كان قصد
بعضهم اللحم وقد بينا هذا في المناسك. فإن كان الشركاء في البدنة ثمانية لم تجزهم لأن نصيب
كل واحد منهم دون السبع وكذلك إن كان نصيب أحدهم دون السبع حتى لو سئل عن
رجل مات وترك ابناً وامراً وبقرة وضحى بها يوم العيد هل يجوز * والجواب أنه لا يجوز
لأن نصيب المرأة الثمن فإذا لم يجز ثمنها في نصيبها لا يجوز في نصيب الابن أيضاً. فإن مات
أحد الشركاء في البدنة ورضى ورثته بالتضحية بها عن الميت مع الشركاء في القياس لا يجوز
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن نصيب الميت صار ميراثاً والتضحية تقرب بطريق
الاتلاف فلا يصح التبرع به من الوارث عن الميت كالعتق وإذا لم يجز في نصيبه لم يجز في
نصيب الشركاء وفي الاستحسان يجوز لأن معنى القرية حصل في اراقة الدم فإن التبرع من
الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق وإنما لا يجوز العتق لما فيه من الزام الولاء
وذلك غير موجود في الاضحية وعلي هذا إذا كان أحد الشركاء أم ولد ضحى عنها مولاه
أو صغير ضحى عنه أبوه ولا خلاف أنه ليس علي المولى أن يضحي عن أحد من ممتلكه
فإن تبرع بذلك جاز وإذا جعله شريكاً في البدنة فقيه قياس واستحسان لما بينا وأما الأب
ليس عليه أن يضحي عن ولده الصغار في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه
الله أن ذلك عليه كصدقة الفطر لأنه جزء منه فكما يلزمه أن يضحي عن نفسه عند يساره
فكذلك عن جزئه. وجه ظاهر الرواية أن ما لا يلزمه عن مملوكه لا يلزمه عن ولده كسائر
القرب بخلاف صدقة الفطر وهذا لأن كل واحد منهما كسبه ولو كانت التضحية عن
أولاده واجبة لأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقل ذلك كما أمر بصدقة الفطر وإن
كان للصبي مال فقال بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى على الأب والوصي أن يضحي من
ماله عند أبي حنيفة رضي الله عنه على قياس صدقة الفطر الأصح أنه لا يجب ذلك وليس
له أن يفعله من ماله لأنه إن كان المقصود الاتلاف فالأب لا يملكه في مال الولد كالعتق
وإن كان المقصود التصديق باللحم بعد اراقة الدم فذاك تطوع غير واجب ومال الصبي

لا يحتمل صدقة التطوع . قال (واذا اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها فلا بأس بذلك) لان
 بنفس الشراء لا تعين الاضحية قبل أن يوجبها وبعد الايجاب يجوز بيعها في قول أبي حنيفة
 ومحمد رحمهما الله ويكرهه وفي قول أبي يوسف رحمه الله لا يجوز لتعلق حق الله تعالى بعينها ولكنهما
 يقولان تعلق حق الله تعالى بها لا يزيل ملكه عنها ولا يعجزه عن تسليمها وجواز البيع باعتبار
 الملك والقدرة على التسليم ألا ترى أنا يجوز بيع مال الزكاة لهذا والاصل فيه ما روى أن
 النبي عليه الصلاة والسلام دفع ديناراً الى حكيم بن حزام رضي الله عنه ليشتري له شاة
 للاضحية فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلى الله عليه وسلم بارك الله في صفقتك أما الشاة فضع
 بها وأما الدينار فتصدق به فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه بعد ما اشتراها للاضحية
 وإن كانت الثانية شرا من الاولى وقد كان أوجب الاولى فتصدق بالفضل فيما بين القيمتين
 أما جواز الثانية عن الاضحية فلاستجماع شرائط الجواز وأما التصديق فانه لما أوجب الاولى
 فقد جعل ذلك القدر من ماله لله تعالى فلا يكون له ان يستفضل شيئاً منه لنفسه فيتصدق
 بفضل القيمة كما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام رضي الله عنه بالتصدق
 بالدينار ومن أصحابنا رحمهم الله من قال هذا اذا كان فقيراً أما اذا كان غنياً ممن يجب عليه
 الاضحية فليس عليه ان يتصدق بفضل بالقيمة لان في حق الغني الوجوب عليه بايجاب الشرع
 فلا يتعين بتعيينه في هذا المحل ألا ترى أنها لو هلكت بقيت الاضحية عليه فاذا كان ما يضحى
 به محلاً صالحاً لم يلزمه شيء آخر وأما الفقير فليس عليه اضحية شرعاً وإنما لزمه بالتزامه
 في هذا المحل بعينه ولهذا لو هلك لم يلزمه شيء آخر فاذا استفضل لنفسه شيئاً مما التزمه
 كان عليه أن يتصدق به . قال الشيخ الامام والاصح عندي أن الجواب فيهما سواء لان
 الاضحية وإن كانت واجبة على الغني في ذمته فهو متمكن من تعيين الواجب في محل فتعين
 بتعيينه في هذا المحل من حيث قدر المالية لانه تعيين مقيد وإن كان لا يتعين من حيث فراغ
 الذمة . قال (والاضحية أحب الى من التصديق بمثل ثمنها) والمراد في أيام النحر لان الواجب
 التقرب بآراقة الدم ولا يحصل ذلك بالتصدق بالقيمة ففي حق الموسر الذي يلزمه ذلك لا اشكال
 أنه لا يلزمه التصديق بقيمته وهذا لانه لا قيمة لآراقة الدم واقامة المتقوم مقام ما ليس بمتقوم
 لا تجوز آراقة الدم خالص حق الله تعالى ولا وجه للتعليل فيما هو خالص حق الله تعالى وأشرنا

بهذا الى الفرق بين هذا والزكاة وصدقة الفطر وأما في حق الفقير التضحية أفضل لما فيه من الجمع بين التقرب باراقة الدم والتصدق ولانه متمكن من التقرب بالتصدق في سائر الاوقات ولا يتمكن من التقرب باراقة الدم الا في هذا الايام فكان أفضل وأما بعد مضي أيام النحر فقد سقط معنى التقرب باراقة الدم لانها لا تكون قربة الا في مكان مخصوص وهو الحرم وفي زمان مخصوص وهو أيام النحر ولكن يلزمه التصدق بقيمة الاضحية اذا كان ممن يجب عليه الاضحية لان تقربه في أيام النحر كان باعتبار المالية فيبقى بعد مضيتها والتقرب بالمال في غير أيام النحر يكون بالتصدق ولانه كان يتقرب بسببين اراقة الدم والتصدق باللحم وقد عجز عن احدهما وهو قادر على الآخر فيأني بما يقدر عليه . قال (وليس على الرجل أن يضحي عن أولاده الكبار ولا عن امرأته كما ليس عليه صدقة الفطر عنهم في يوم الفطر) وهذا لان عليهم أن يضحوا عن انفسهم فلا يجب عليه أن يضحي عنهم . قال (واذا ولدت الأضحية قبل أن يذبحها ذبح ولدها معها) لان حكم التقرب باراقة الدم ثبت في عينها فيسرى الى ولدها لانه متولد من عينها والولد وان لم يكن محلا للتقرب باراقة الدم مقصودا ثبت الحكم فيه تبعاً للام ولان الشرائط تعتبر فيما هو أصل ووجودها في الاصل يغني عن اعتبارها في البيع فان باعه تصدق بثمنه لان معنى القربة يثبت فيه فلا يكون له ان يصرف ماليته الى نفسه كما في حق الام وكذلك ان أمسك ولدها حتى مضت أيام النحر تصدق به . قال الامام ويكره ان يحز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لانه أعدها للقربة بجميع أجزائها فلا ينبغي له أن يصرف شيئاً منها الى حاجة نفسه لان ذلك في معنى الرجوع في الصدقة وقال عليه الصلاة والسلام لعمر رضي الله عنه فيما دون هذا لا تعد في صدقتك . قال (ويكره ان يبيع جلد الاضحية بعد الذبح) لقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وقال لعلي رضي الله عنه تصدق بجلدها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئاً فكما يكره له ان يعطي جلدها الجزار فكذلك يكره له ان يبيع الجلد فان فعل ذلك تصدق بثمنه كما لو باع شيئاً من لحمها . قال (ولا بأس بأن يشتري بجلد الاضحية متاعاً للبيت) لانه لو دفعه وانتفع به في بيته جاز وكذلك اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لان للبذل حكم المبدل وهذا استحسان وقد ذكر في نودار هشام قال يشتري به الفربال والجرباب وما أشبه ذلك ولا يشتري به الخل والمرى والملح وما أشبه ذلك والقياس في الكل واحد

ولكنه استحسّن فقال ما يكون طريق الانتفاع به تناول العين فهو من باب التصرف على قصد التمول فليس له أن يفعل ذلك في جلد الاضحية وما ينتفع به في البيت مع بقاء العين فهو نظير عين الجلد وكان له أن يفعل ذلك . قال (ويكره له أن يحلب الاضحية اذا كان لها لبن فينتفع بلبنها كما يكره له الانتفاع بصوفها) لان اللبن يتولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئاً منها الى منفعة نفسه قبل أن يبلغ محله ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص منه اللبن ولا يتأدي به الا أن هذا انما ينفع اذا كان يقرب من أيام النحر فأما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا لانه ينزل ثانياً وثالثاً بعد ما يتقلص ولكنه ينبغي له أن يحلبها ويتصدق باللبن كالهدي اذا عطبت قبل أن يبلغ محله فان عليه أن يذبحها ويتصدق بالحما وقد بيناه في المناسك . قال (وان اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزاء استحساناً) وفي القياس لا يجزئه وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فلا يكون له أن يبيع شيئاً منها بعد ذلك على قصد التمول والاشترائك بهذه الصفة يوضحه أن هذا رجوع منه عن بعض ما تقرب به وذلك حرام شرعاً . وجه الاستحسان انه لو اشركهم معه في الابتداء بأن اشترى جملة جاز فكذلك اذا اشركهم بعد الشراء قبل إتمام المقصود وهذا لان الانسان قد يتلى بهذا فانه قد يجد بقرة سميّة فيشتريها ثم يطلب شركاءه فيها فلو لم يجز ذلك أدى الى الحرج . قال (ولو فعل ذلك قبل أن يشتري كان أحسن) لانه أبعد عن الاختلاف وليس فيه معنى الرجوع في القربة لا صورة ولا معنى فكان ذلك أفضل . قال (ولا تجوز العوراء في الاضحية) لقوله عليه الصلاة والسلام استشرفوا العين والاذن وفي حديث البراء بن عازب رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحي بأربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تبقى ثم الأصل أن العيب الفاحش مانع لقوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون واليسير من العيب غير مانع لان الحيوان قلما ينجو من العيب اليسير فاليسير ما لا أثر له في لحمها وللعور أثر في ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بالعينين وعند قلة العلف يتبين العجب ثم العين والاذن منصوص على اعتبارها فاذا كانت مقطوعة الأذن لم تجز لانعدام شرط منصوص واذا كانت مقطوعة الطرف فكذلك بطريق الأولى . قال وان كان المقطوع بعض ذلك ففي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان كان المقطوع

أكثر من الثلث لا يجزئه وان كان الثلث أو أقل يجزئه وهكذا روى هشام عن محمد رحمهما الله اعتباراً بالوصية فان الثلث في الوصية كما دونه ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث وفي رواية بشر عن أبي حنيفة رحمه الله اذا كان الذاهب أقل من الثلث يجوز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع اذا كان الذاهب الربع لا يجزئ لان للربع حكم الكمال كما في مسح الرأس وقال أبو يوسف رحمه الله اذا بقي الاكثر من العين والأذن اجزأه قال وذكر قول لابن حنيفة فقال قولي قولك. قيل هذا رجوع من أبي حنيفة الى قوله وقيل معناه قولي قريب من ذلك. وجه قول أبي يوسف ان القلة والكثرة من الاسماء المتقابلة فاذا كان الذاهب أقل من النصف قلنا اذا قابلت الذاهب بالباقي كان الباقي أكثر واذا كان الذاهب أكثر من النصف فاذا قابلته بالباقي كان الذاهب أكثر فاذا كان الذاهب النصف قال لا يجوز لانه لما استوى المانع والمجوز يرجع المانع احتياطاً. فأما الشق في الأذن فهو عيب يسير ألا ترى انه يفعل ذلك للعلامة بمنزلة السمة فلا يمنع الجواز ومن العلماء رحمهم الله من لا يجوز لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحي بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة. فالشرقاء ان يكون الخرق في أذنها طولاً والخرقاء ان يكون عرضاً والمقابلة قطع في مقدم أذنها والمدابرة في مؤخر أذنها وتأويل ذلك عندنا اذا كانت بعض الأذن مقطوعة وكان الذاهب أكثر من الثلث لما بينا. فأما العرجاء اذا كانت تمشي فلا بأس به لانه عليه الصلاة والسلام سئل عن العرجاء فقال اذا كانت تبلغ فلا بأس به فاذا كانت لا تقوم ولا تمشي لا يجوز لان ذلك يؤثر في لحما فانها لا تعلق الا ما حولها واذا كانت تمشي فهي تذهب الى العلف فلا يؤثر في لحما. ولا تجزئ العجفاء التي لا تبقى للنهي الذي روينا ولان هذا عيب فاحش أثر في لحما ويستوي ان اشتراها كذلك أو صارت عنده كذلك وهو موسر لان الواجب في ذمته بصفة الكمال فلا يتأدى بالناقص فأما اذا كان معسراً اجزأه لانه لا واجب في ذمته بل يثبت الحق في العين فيتأدى بالعين على أي صفة كانت وذلك مروي عن علي رضي الله عنه وكذلك لو ماتت عنده أو سرقت فعليه بدلها ان كان موسراً ولا شيء عليه ان كان معسراً وعلى هذا قالوا الموسر اذا ضلت أضحيته فاشتري أخرى ثم وجد الأولى فله ان يضحي بأيها شاء وان كان معسراً فاشتراها وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الأولى فعليه ان يضحي بهما لان الوجوب في العين

بإيجابه وقد وجد ذلك في الثانية كالأولى وإن أصابها شيء من هذه العيوب في اضطرارها حين
 أضجعهما للذبح وذبحهما على مكانها ففي القياس لا تجزئته لأنه تأدى الواجب بالاضحية لا بالاضجاع
 وهي معيبة عند التضحية بها وفي الاستحسان تجزئته لأن هذا لا يستطاع الامتناع منه فقد ينقلب
 السكين من يده فتصيب عينها فيجمل ذلك عفواً لدفع الحرج ولأنه أضجعهما ليتقرب بالتلافها
 فتلف جزء منها في هذه الحالة من عمل التقرب فلا يمنع الجواز بخلاف ما قبل الاضجاع وعن
 أبي يوسف قال إذا أصابها ذلك في يوم النحر ثم ضحى بها بعد ذلك يوم أو يومين جاز لأنه جاء
 وقت اتلافها تقرباً فتلف جزء منها في هذه الحالة لا يمنع الجواز قال (ولا يجوز أن يضحي بشاة
 ليس لها أذن أن خلقت كذلك وهي السكاء) لأن قطع الأذن لما كان مانعاً من الجواز فعدم
 الأذن أصلاً أولى ببعض فأما صغيرة الأذن تجزئ لأن الأذن منها صحيحة وإن كانت صغيرة
 وأما الهتاء فكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً لا يجوز أن يضحي بها وإن كانت تعتلف ثم رجع
 وقال يجوز إذا كانت تعتلف لأنه وقع عنده في أن يضحي بها لأن الهتاء ليس لها اسنان ثم علم بعد
 ذلك أن الهتاء مكسورة بعض الاسنان فإذا كانت تعتلف فالباقى من الاسنان أكثر من
 الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده ثم قال والتي لا اسنان لها بمنزلة التي لا اذن لها فكل واحد
 منهما مقصود في البدن بل السن في الانعام أقرب إلى المقصود من الأذن لأنها تعتلف بالاسنان.
 قال (ولا يجوز في الضحايا والواجبات بقر الوحش وحمير الوحش والظبي) لأن الاضحية عرفت
 قربة بالشرع وإنما ورد الشرع بها من الانعام ولأن إراقة الدم من الوحشى ليس بقربة أصلاً
 والقربة لا تتأدى بما ليس بقربة وإذا كان الولد بين وحشى وأهلى فإن كانت الام أهلية جازت
 التضحية بالولد وإن كانت وحشية لا تجوز لأن الولد جزء من الام فإن ماء الفحل يصير مستهلكاً
 بحضانتها وإنما يفصل الولد منها ولهذا يتبعها في الرق والملك فكذلك في التضحية وهذا لأنه
 يفصل من الفحل وهو ماء غير محل لهذا الحكم ويفصل من الام وهو حيوان محل لهذا
 الحكم فلماذا جعلناه معتبراً بالام. قال (رجل ذبح أضحية غيره بغير اذنه ففي القياس هو
 ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية) وهو قول زفر لأنه متعمد في ذبح شاة الغير فكان
 ضامناً كمن ذبح شاة القصاب ثم الاضحية لا تتأدى إلا بعمل المضحي وبيته ولم يوجد ذلك
 حين فعله الغير بغير اذنه ففي القياس هو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية. ولكننا نستحسن
 ونقول يجزئته ولا ضمان على الذابح لأنه لما عينها للاضحية فقد صار مستغنياً بكل واحد

بالتضحية بها في أيام النحر لان ذلك يفوته بمضي الوقت وربما يعرض له عارض في أيام النحر
 والاذن دلالة كالاذن إفصاحاً كما في شرب ماء في السقاية ونظائرهما . وقال الشافعي رحمه الله
 يجزئه من الاضحية ولكن الذابح ضامن لقيمتها وهذا بعيد فالجواز لا يكون الا بعد وجود
 الاذن دلالة ولو وجد الاذن افصاحاً لم يضمن فكذلك اذا وجد الاذن دلالة وعلي هذا
 لو أن رجلين غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه على نفسه أجزأ كل واحد منهما
 استحساناً ويأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه فان كانا قد أكلتا ثم علما فليحل كل واحد
 منهما صاحبه ويجزئهما لانه لو أطم كل واحد منهما صاحبه لم أضحيته جاز ذلك غنياً كان أو
 فقيراً . قال أبو يوسف رحمه الله ان تشاحا فلكل واحد منهما تضمين صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق
 بتلك القيمة كما لو باع لحم أضحيته فعليه أن يتصدق بالثمن . قال (ولو أمر مجوسياً فذبح أضحيته
 لم تجزه) لان هذا افساد لا تقرب فان ذبيحة المجوسى لا تؤكل ولو أمر يهودياً أو نصرانياً بذلك
 أجزأه لانهما من أهل الذبح ولكنه مكروه لان هذا من عمل القربة وفعله ليس بقربة . قال
 (فان ذبح أضحيته بنفسه فهو أفضل) لان النبي عليه الصلاة والسلام لما ساق مائة بدنة نحر
 منها ثلاثاً وستين بنفسه ثم ولى الباقي علياً رضى الله عنه وحين ضحى بالشاتين ذبحهما بنفسه
 ولكن هذا اذا كان يحسن ذلك فان كان يخاف أن يعجز عن ذلك فالأفضل أن يستعين
 بغيره ولكنه ينبغي له أن يشهدا بنفسه لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام قال لفاطمة
 رضي الله تعالى عنها قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب
 اما أنه يجاء بلحمها ودمها يوم القيامة فيوضع في ميزانك سبعين ضعفًا قال أبو سعيد الخدرى
 رضى الله تعالى عنه أهذا لآل محمد عليه الصلاة والسلام فهم أهل لما خصوا به من الخير أم
 للمسلمين عامة قال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة . قال (والاضحية
 تجب على أهل السواد كما تجب على أهل الامصار) لانهم مقيمون مياسير وانما لم تجب
 على المسافرين لما يلحقهم من المشقة في تحصيلها وذلك غير موجود في حق أهل القرى وفي
 الاصل ذكر عن ابراهيم قال هي واجبة على أهل الامصار ما خلا الحاج وأراد بأهل الامصار
 المقيمين وبالحاج المسافرين فاما أهل مكة فعليهم الاضحية وان حجوا . قال (ولا بأس لاهل
 القرى أن يذبحوا الاضاحى بعد انشقاق الفجر) لما بينا أن دخول الوقت بانشقاق الفجر من
 يوم النحر الا ان أهل الامصار عليهم الصلاة فيلزمهم مراعاة الترتيب ولا صلاة على

أهل القرى لقوله عليه الصلاة والسلام لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع * ثم المعتبر المكان الذي فيه الاضحية حتى اذا كان الرجل بالمصر وأضحيت به بالسواد يجوز أن يضحي بها بعد انشقاق الفجر فأما اذا كان هو بالسواد وأضحيت به بالمصر لا يجوز أن يضحي بها الا بعد فراغ الامام من الصلاة وقد بينا أن أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وذلك مروي عن عمر وعلى وابن عباس رضي الله تعالى عنهم . قال (ويجزيه الذبح في لياليها الا أنهم كرهوا الذبح في الليالي) لانه لا يأمن أن يغلط فتفسد الظلمة الليل ولكن هذا لا يمنع الجواز . قال (وليس على أهل منى يوم النحر صلاة العيد) لانهم في وقت صلاة العيد مشغولون باداء المناسك فلا يلزمهم صلاة العيد ويجوز لهم التضحية بعد انشقاق الفجر كما لا يجوز لاهل القرى والله سبحانه وتعالى أعلم

❦ باب من الصيد أيضاً ❦

قال رحمه الله تعالى ومن انفلت من يده صيد بعد ما أحرزه فأخذه غيره فهو للاول لانه مال مملوك له فلا يزول ملكه بالاتقات من يده ولا يملكه الثاني بالاخذ لانه بالاخذ يملك الصيد المباح لا المال المملوك كمن أبق عبده فأخذه انسان آخر لا يملكه ومن نصب شبكة فوق فيها صيد وصار بحيث لا يقدر على الذهاب فأخذه رجل فصاحب الشبكة أحق به لانه صار أخذا له بالوقوع في شبكته وهذا بخلاف ما لو ضرب فسطاطا فتعلق به صيد فأخذه انسان فهو للآخذ لان ناصب الشبكة يقصد الاصطياد فيصير هذا أخذا للصيد بالوقوع في شبكته ولهذا لو فعله محرم كان ضامنا وضارب الفسطاط ما قصد الاصطياد فلا يكون أخذا له وان تعلق بفسطاطه ولهذا لو فعله محرم لم يضمن . قال (ومن أخذ بازيا أو شبهه في مصر أو سواد وفي رجليه سير أو جلاجل وهو يعرف انه أهلي فعليه ان يعرفه ليرده على صاحبه) لانه يتيقن بثبوت يد الغير عليه قبله فانه لا يخرج من البيضة مع الجلاجل فاما أن يكون انفلت من يد صاحبه أو أرسله فلا يزول ملكه في الوجهين كمن سيب دابته ففرقنا انه ملك الغير في يده بمنزلة اللقطة فعليه أن يعرفه ليرده على صاحبه وكذلك ان أخذ ظبيا وفي عنقه قلادة وكذلك لو أخذ حمامة في المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشية فعليه أن يعرفها لانها بمنزلة اللقطة . وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فأوكرت فيه حمام الناس فما يأخذ من فراخها لا

يحل له لان الفرخ يملك بملك الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده الا انه ان كان فقيراً يحل له تناول حاجته وان كان غنيا ينبغي له أن يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشيء فيتناول وهكذا كان يفعله شيخنا الامام شمس الاثمة رحمه الله تعالى وكان مولعاً بكل الحمام . قال (ومن كان عنده صيد فارسله عند احرامه فأخذه حلال ثم حل الاول فله أن يسترده منه) لان الواجب عليه رفع يده عن الصيد لا ازالة ملكه ألا ترى أن الرجل يحرم وله صيود في بيته فلا يلزمه شيء واذا كان بعد الارسال باقياً على ملكه لم يملكه الاخذ فله أن يسترده قال (ومن قتل بازياً معلماً أو كلباً معلماً لرجل فعليه قيمته) وقد بينا في هذه المسألة ان الكلب المعلم مال متقوم يجوز بيعه عندنا ويضمن متلفه وانما تعتبر قيمته كذلك بخلاف المحرم اذا قتل بازياً معلماً فلا يعتبر في ايجاب القيمة عليه كونه معلماً لان الجزاء على المحرم يجب حقا لله تعالى لمعنى الصيد في يد المقتول وبكونه معلماً ينتقص ذلك لانه يخرج به من أن يكون متوحشاً فلا يزداد به قيمته في حق الله تعالى فأما وجوب الضمان للأدبى لكونه مالا منتفعاً به ويزداد ذلك بكونه معلماً فهذا اعتبر قيمته كذلك فان كان الكلب ليس بكلب صيد ولا ماشية فقتله رجل غرم قيمته أيضاً ومراده اذا كان بحيث يقبل التعليم حتى يكون مالا منتفعاً به وان كان عقوراً لا يقبل التعليم فتلفه لا يضمن شيئاً لانه غير مؤدى وليس بمال منتفع به وقد بينا جواز بيع كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير لانه يقبل التعليم ويتأتى الانتفاع به ولا يجوز بيع لحم شيء من ذلك لانه لا منفعة في اللحم سوى الاكل فاذا لم يكن مالا مأكولاً لا يكون مالا متقوماً وجواز البيع يختص بمال متقوم حتى اذا كان له ثمن بأن كان يرغب فيه لا طعام الكلاب والسنائير جاز بيعه اذا كان مذكى الا أن يكون ميتة وما كان من جلودها اذا دبغها رجل وباعها جاز بيعها لانه مال منتفع به وان كانت غير مدبوعة لم يجز ومراده اذا كانت ميتة فأما اذا كانت مذكاة يجوز وقد بينا أن عمل الذكاة في الحبل والطهارة في مأكول اللحم وفي طهارة الجلد في غير مأكول اللحم كالذبائح . قال (وان وجد في الماء سمكة مقطوعة لا يدري من قطعها فلا بأس بأكلها) لانه ليس فيها ما يدل على سبق يد اليها لتوهم أن يكون فعله بها سمكة أخرى وان أصاب في وسطها أو في موضع منها خيطاً مربوطاً لم يأكلها ويعرفها لانه علم أن يداً أخرى سبقت اليها فكانت بمنزلة اللقطة فيعرفها . قال (ومن سمع حساً ظن انه حس صيد فرماه أو

أرسل كلبه فأصاب صيدا فان كان ذلك الحس حس صيد فلا بأس بما أصاب ذلك وان كان حس انسان أو غيره من الاهليات لم يحل له ذلك الصيد) لانه رعى الى الحس والرمى الى الاهلي لا يكون اصطيادا وحل الصيد بوجود فعل الاصطياد فاما اذا كان الحس حس صيد فرميه وارساله الكلب كان اصطيادا فيحل تناوله اذا أصاب صيدا مأكولا سواء كان الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول وعن زفر رحمه الله قال ان كان الحس حس صيد مأكول لم يحل تناوله وان أصاب صيدا مأكولا لان فعله لم يكن مبيحا ألا ترى أنه لو أصاب ما قصده لم يفد الحل وعن أبي يوسف رحمه الله قال اذا كان الحس حس خنزير لم يحل وان أصاب رميه الصيد بخلاف السباع لان الخنزير من المحترم العين فأما في سائر السباع فان فعله مؤثر في طهارة الجلد فاذا أصاب ما يحل تناوله كان مؤثرا في اباحة اللحم أيضا والصحيح ما بينا ان فعل الانسان في كل متوحش اصطياد فأما حل التناول باعتبار صفة في المحل فاذا أصاب فعله في الاصطياد محلا مأكولا قلنا يباح تناوله وان لم يتبين ما كان ذلك الحس لم يحل له أكله لاجتماع المعنى الموجب للحل والمعنى الموجب للحرمه وفي النواذر إذا رمى طيرا فأصاب صيدا وذهب الطير فلم يعرف ان كان أهليا أو وحشيا حل له أن يتناول الصيد لان الطير في الاصل وحشي بخلاف ما لو رمى بعيرا فأصاب صيدا وذهب البعير فلم يعرف ان كان أهليا أو متوحشا فانه لا يحل تناول الصيد لانه مألوف في الاصل والتوحش منه نادر فتمسك بالاصل حتى يظهر خلافه وان سمع حسا فظن أنه إنسان فرماه فأصاب مارماه وتبين انه كان صيدا يحل تناوله لان حقيقة فعله اصطياد وظنه بخلاف حقيقة فعله لغو. قال (ولو رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيدا لم يؤكل) لان الخنزير الاهلي ليس بصيد فهو والورمي شاة سواء وكذلك لورمي حريا مخفيا. وثقا فأصاب صيدا لم يأكله لان رميه الى الحربى ليس باصطياد ولا هو مؤثر في الحل فلهذا لا يحل تناول ما أصابه من الصيد والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الصيد في الحرم

قال رحمه الله تعالى (واذا خرج الصيد من الحرم الى الحل فلا بأس باصطياده) لانه صيد الحل كما كان قبل دخوله الحرم وهذا لان المانع من اصطياده كان حرمة الحرم وقد زال بخروجه الى الحل فهو نظير محرم حل من احرامه وفيه نص وهو قوله تعالى واذا حللتكم

فاصطادوا . قال (وان رمى رجل صيدا في الحل فأصابه ثم دخل الصيد الحرم فمات منه لم يكن عليه جزاء) لان وجوب الجزاء باعتبار فعل المحذور وفعله كان مباحا وهو الرمي الى صيد في الحل أو باعتبار حرمة الحل ولم يكن محترما حين ما أصاب السهم الصيد فهو كالمو رمى الى حربى أو مرتد فأصابه ثم أسلم وفي القياس لا بأس بأكله لان فعله كان مذكيا له ألا ترى أنه لو مات في الحل حل تناوله فكذلك اذا مات بعد ما دخل الحرم لانه دخله وهو مذكى وحرمة الحرم انما تظهر في حق الصيد لا في حق المذكى ولكنه استحسن فقال يكره أكله لان حل التناول عند زهوق الروح وهو عند ذلك في الحرم والحكم يضاف الى الشرط وجوده عنده كما يضاف الى السبب ثبوته فاعتبار هذه الحالة يوجب الحرمة واعتبار حالة الاصابة يبيح فيغلب الموجب للحرمة وبه فارق الجزاء لان الجزاء بالشك لا يجب ولان الجزاء باعتبار الفعل فان الحل صفة في الحل والحل في الحرم عند ثبوت صفة الحل فيه . قال (وان أصابه في الحرم فمات في الحل فلا خير في أكله) لان الحل باعتبار الاصابة وقد أصابه وهو صيد الحرم وهذه هي المسألة المستثناة من أصلنا ان المعتبر لحالة الرمي فيما يبنى عليه الاحكام دون حالة الاصابة فان في حل التناول يعتبر حالة الاصابة أيضا لان الحل صفة للمحل وانما يثبت في الحل عند الاصابة فلا بد من اعتبار تلك الحالة فيه وكذلك ان أصابه في الحل وقد رماه من الحرم لان الرمي من الحرم قيل محذور قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم قيل معناه وأنتم في الحرم لانه يقال أحرم اذا دخل في الحرم كما يقال أشأم اذا دخل الشام والموجب للحل الذكاة لا القتل المحذور والدليل عليه وجوب الجزاء على الراى فهو من هذا الوجه بمنزلة محرم يقتل صيدا وكذلك ان رماه من الحل في الحرم لان الصيد اذا كان في الحرم فهو ممنوع من الرمي اليه وان كان في الحل فيكون فعله فعلا محظورا ألا ترى ان عليه قيمة الجزاء ولو كان الراى في الحل والصيد في الحل فمر السهم في الحرم حتى أصاب الصيد فلا بأس بأكله وان تعمد ذلك لان الرمي مباح له فكان فعله ذكاة شرعا وهذا لان الحرمة باعتبار معنى في الحل وفي الراى ولم يوجد ذلك لان اصل السبب فعل الراى وثبوت الحكم عند الاصابة وما بين ذلك غير معتبر أصلا في اضافة الحكم اليه . قال (فان رمى نصرانى من الحرم صيدا في الحل فمات فلا خير في أكله) لان النصرانى في حكم الذكاة لا يكون أعلى من المسلم فاذا كان هذا الفعل من المسلم لا يبيح الصيد فكذلك من النصرانى

كما لو ترك التسمية عمداً **﴿فان قيل﴾** المنع من الرمي صوب الحرم حق الشرع والنصراني
 لا يخاطب بذلك ولهذا لا يلزمه الجزاء **﴿قلنا﴾** حرمة الحرم تظهر في حق الكافر كما تظهر
 في حق المسلم ولهذا لا يقتل الحربى والمرتد في الحرم ثم النصراني في حكم الذكاة تبع للمسلم
 والتبع يلحق بالاصل في حكمه وان لم يشاركه في علمه * وكذلك لو ذبح نصراني أو صبي صيدا
 في الحرم لم يؤكل لانهما في حكم الذكاة تبع للمسلم البالغ فاذا لم يكن هذا الفعل من المسلم
 البالغ واجبا للحل فكذلك من النصراني والصبي . قال (ولو ان رجلا أخرج صيدا من الحرم
 فذبحه في الحل فعليه جزاؤه) لانه كان في الحرم آمنا صيدا وقد زال ذلك بأخذه واخراجه
 وكان مطالباً شرعاً باعادته الى مأمنه وإرساله فيه وقد فوت ذلك بذبحه فعليه الجزاء والتنزه
 عن أكله أفضل بخلاف ما اذا ذبحه في الحرم فان ذلك حرام تناوله لانه حين ذبحه كان صيد
 الحرم ففعله فيه يكون قتلاً ولا يكون ذكاة وهنا حين ذبحه كان صيد الحل فيكون فعله فيه
 ذكاة وباعتبار هذا الفعل لا يلزمه الجزاء وإنما يلزمه بالاخذ السابق فلهذا لا يحرم تناوله إلا
 أن التنزه عنه أفضل لان تقرر الجزاء عليه بفعل الذبح وان كان الوجوب سبب الاخذ
 فباعتبار هذا المعنى يمكن شبهة فيه ولأننا لو أطلقنا له حق التناول تطرق الناس الى ذلك
 فيخرجون الصيد من الحرم ويذبحونه في الحل وفي ذلك تعليل صيد الحرم فلمنع من هذا
 قلنا التنزه عن أكله أفضل . وكذلك ان كان صاده أولاً في الحل ثم أدخله الحرم ثم أخرجه
 الى الحل لانه حين أدخله الحرم فقد صار صيد الحرم فهو والمأخوذ في الحرم سواء بدليل
 وجوب الجزاء عليه وهذا عندنا فأما عند الشافعى رحمه الله تعالى حرمة الحرم لا تظهر في حق
 صيد مملوك فاذا ملكه بالاخذ في الحل ثم أدخله الحرم لم يثبت له حرمة الحرم وعندنا حرمة
 الحرم في حق الصيد كحرمة الاحرام فكما يحرم عليه بالاحرام امساك الصيد المملوك ويلزمه
 إرساله فكذلك يحرم بسبب الحرم إمساكه وقد بيناهذا في المناسك * وكذلك حلال أحرم
 وفي يده صيد ثم حل ثم ذبحه فهذا والاول سواء لانه لما أحرم فقد وجب عليه إرساله وحين
 ذبحه تقرر عليه جزاؤه وان كان بعد الحل فهذا كرهه أكله . قال (محرم صيداً فدفعه
 الى حلال فذبحه فهو والاول سواء) لانه بما صنع مفوت ما لزمه من الارسال ومقرر للجزاء
 على نفسه فهو كما لو ذبحه بنفسه بعد ما حل من إحرامه ولو ذبحه بنفسه بعد ما حل من إحرامه
 وهو محرم أو في الحرم كان ذلك أشد من هذا حالا فان ذلك بمنزلة الميتة وهذا مكروه

التناول لان الحل باعتبار فعل الذكاة وفعل المحرم أو الذي في الحرم محظور فلا يكون ذكاة
شرعا فاما المدفوع اليه حلال فعله في حق نفسه ذكاة ولكن باعتبار أنه مفوت للارسال
ومقرر للجزاء على الآخذ يلحقه نوع خطر وذلك ليس لمعنى في نفس الفعل فلا يثبت به
الحرمة مطلقاً وانما تثبت الكراهة . قال (وان أرسله الحرم فذبجه حلال فلا بأس به) لان الحرم
أتى بما هو المستحق عليه فيخرج به من عهدة أخذه وذبح الحلال إياه كذبح صيد آخر في
الحكم . قال (ولو أن حلالاً أخرج صيداً من الحرم الى الحل فأرسله فصاده حلال فذبجه
فلا بأس بأكله) لانه صيد الحل فانه بالارسال قد خرج من يد الذي أخرجه من الحرم فهو
والذي خرج بنفسه من الحرم سواء في حل تناول ولكن علي الذي أخرجه الجزاء لان
المستحق عليه شرعاً اعادته الى مأمنه فانه بالاخراج من الحرم ازال الامن عنه فاذا تلف قبل
العود الى مأمنه تقرر الجزاء عليه لانعدام ما ينسخ فعله بخلاف الاول فان علي المحرم رفع اليد
عنه بالارسال فينسخ حكم فعله بمجرد إرساله ووزان هذا من ذلك ما لو عاد الصيد الى الحرم
بعد ما أرسله ثم أصابه ما أصابه وكذلك لو كان الذي أخرجه من الحرم هو الذي صاده بعد
ما أرسله فذبجه لم يكن بأكله بأس لانه حلال ذبح صيداً في الحل فهو وغيره في الحالين
سواء قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو وغيره سواء في ذلك الا أن عليه الجزاء وأبو حنيفة
رحمه الله في هذا لا يخالفهما والمعنى فيه ان الحل باعتبار الفعل الثاني ووجوب الجزاء عليه باعتبار
فعله الاول وهو اخراجه من الحرم ولم يبق ذلك الاخراج بعد ما أرسله فلهذا لا تثبت الحرمة
ولكن بقاء الفعل غير معتبر في بقاء ما وجب به من الجزاء بخلاف ما اذا ذبحه في الحل قبل
ان يرسله ودفعه الى غيره فذبجه لان تلك اليد باقية حقيقة وحكماً وانما تمكن من الذبح
باعتبارها فلهذا كره أكلها . قال (محرم أصاب صيداً فادخله منزله في الحل فجاء بعض أهله
فذبجه فلا بأس بأكله) وأضاف الجواب الى أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه لم يحفظ جواب
أبي حنيفة رحمه الله لان جوابه يخالف جوابها وهذا لان الذابح حلال وقد ذبحه في الحل
ولو أرسله الحرم في غير منزله فذبجه حلال حل تناوله فكذلك اذا أرسله في منزله الا أن علي
الحرم الجزاء لانه ما نسخ حكم فعله بإرساله إياه من منزله فان معنى الصيدية من حيث التنفير
والاستيحاش لمن بعد اليه كما كان قبل أخذه فلهذا كان عليه الجزاء بخلاف ما لو أرسل جارحاً
من منزله . قال ولا يعجبنا هذا الفعل لان فعل بعض أهله في الذبح كفعله من وجهه فانه ينفق

عليهم ليفعلوا له مثل هذه الافعال فمن هذا الوجه الذابح كلما مور من جهته فهذا قال لا يعجبنا هذا الفعل وكذلك ان أرسله في منزله فخرج من منزله فتبعه بعض أهله وذبحه ولم يأمره بذلك فهذا والاول سواء ولا أكره أكله وفي رواية أبي حفص قال وأكره أكله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأكله * والحاصل أنه لم يتم إرساله بعد في حق نسخ الفعل لان الذي تبعه انما يتمكن من أخذه باعتبار الفعل الموجود من المحرم فكان عليه الجزاء لذلك الا ان في اباحة التناول هما يقولان لو أرسله خارجا من منزله حل تناوله اذا ذبحه انسان بعد ذلك فكذلك اذا أرسله في منزله فخرج هكذا وجه رواية ابى سليمان حيث قال ولا أكره أكله ووجه رواية أبى حفص وهو انه لما أرسله برأى العين من بعض أهله فقد طلب منه دلالة أن يتبعه فيأخذه ولو أمره بذلك نصا كان تناوله مكروها فكذلك اذا كان طالبا لذلك الفعل دلالة . قال (وان انفلت من المحرم في جوف المصر أو أرسله فأخذه إنسان فذبحه فهذا كانه في يده حتى يرسله) لان بالارسال في جوف المصر لم يعد اليه التنفير والاستيحاش على الوجه الذى كان قبل أخذه فلا ينسخ به حكم فعله وهذا لان ما في جوف المصر يمكن أخذه بغير اصطياده عادة ولهذا قلنا لو ندت شاة في المصر لم تحل بالرمى . قال (واذا انفلت منه في الصحراء لا يقدر على أخذه الا بصيد فرماه حلال فلا بأس به كما لو أرسله في الصحراء) وهذا لان حكم فعله قد انتسخ حين عاد صيدا متوحشا كما كان فكأنه لم يأخذه قط . قال (حلال ارسل كلبه على صيد في الحل فتبعه الكلب حتى أدخله الحرم فقتله فيه كرهت له أكله) لما بينا ان الحل ثبت عند الاصابة وعند ذلك هو صيد الحرم وان كان أصل الارسال في الحل فكذلك اذا أدركه صاحبه حيا فأخذه وأخرجه الى الحل وذبحه لانه حين أخذه من فم الكلب فهو صيد الحرم وقد بطل حكم ذلك الارسال حين وقع في يده حيا (جواب) هذا الفصل بجواب ما لو أخرج صيدا من الحرم وذبحه في الحل . وان أرسل كلبه من الحرم على صيد في الحل كرهت له أكله وعليه الجزاء لان إرساله الكلب على الصيد اصطياذ ومن هو داخل الحرم ممنوع من الاصطياد فارسال الكلب عليه والرمى اليه سواء كما بينا . قال (وان أرسله في الحل على صيد في الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل ثم أخذه وقتله كرهته أيضا) لانه أرسله على صيد الحرم وذلك فعل محظور فهو كما لو رمى الصيد في الحرم فخرج من الحرم قبل الاصابة . قال (وان أخذه من الكلب حيا في الحل فذبحه كرهت له هذا الصنع ولا

بأس بأكله في القياس) لانه حين أخذه حيا فقد بطل حكم ارسال الكلب حتى لا يحل
الا بذكاة الاختيار فاعلم بقى المعتبر أخذه وذبحه وقد حصل في صيد الحل فلا بأس
بأكله وانما كره له هذا الصنع لتمكنه من أخذه بذلك الارسال السابق وقد كان حراماً
بكون الصيد في الحرم عند ذلك . قال (ظني ببعض قوائمه في الحل وبعضها في الحرم رماه
حلال في الحرم فقتله فانه يكره أكله لوجوب الجزاء عليه) وهذا لان قوام الصيد
بقوائمه واعتبار ما في الحرم من قوائمه يجعله صيد الحرم وهذا الجانب يرجع لانه جانب
الخطر وجانب الحرمة لحق الشرع وان كانت قوائمه في الحل ورأسه في الحرم فلا بأس
بأكله لانه صيد الحل فان قوام الصيد بقوائمه . وقيل هذا اذا كان قائماً فان كان قائماً فهذا
والاول سواء لان استمساكه على الارض في حال نومه باعتبار جميع بدنه فاذا كان جانب
منه في الحرم فهو صيد الحرم وقد بينا في المناسك في الشجرة ان المعتبر موضع أصلها لا
موضع أغصانها وفي الصيد الواقع على بعض اغصانها يعتبر موضع ذلك الغصن لان قوام
الصيد ليس بغصن الشجرة قال الله تعالى ما يمسكهن الا الله فأما قوام غصن الشجرة فبأصلها
ففي حق ضمان المحصن يعتبر موضع أصل الشجرة وفي حق ضمان الصيد يعتبر الموضع الذي
فيه الصيد فان كان في هواء الحرم فهذا الصيد صيد الحرم . قال (وان اشترك الحلال
والحرم في رمي الصيد لم يحل أكله) لان اعتبار فعل المحرم محرم والموجب للحرمة يغلب
على الموجب للحل كما لو اشترك مسلم ومجوسى في قتل الصيد . قال (رجل أرسل بازياً على
صيد في الحرم فتبعه حتى أخرجه الى الحل فقتله كرهت أكله) لان أصل السبب ارسال
البازي وقد كان محظوراً فان أرسله على صيد في الحرم فاعتباره يثبت الكراهة . قال
(حلال أخرج ظلية من الحرم فولدت أولاداً ثم ذبحها وأولادها فليس أكلها وأكل
أولادها بحرام) لان الحل بالذبح وقد حصل من حلال في صيد في الحل . ولكن
لا يوجبني هذا الفعل لانه لو أذن في ذلك تطرق الناس اليه ولانه تمكن من الذبح بالاختار
السابق وقد كان ذلك الاخذ حراماً عليه وعليه الجزاء فيها وفي أولادها لان الارسال والاعادة
الى الماء من مستحق عليه فيها وفي أولادها فاذا فوت ذلك بالذبح كان عليه الجزاء ولانه
انما يضمن جزاء الام لا تلافه معنى الصيدية فيها بأبواب اليد عليها وهذا المعنى موجود في
ولدها وكذلك ان أدى الجزاء عنها ثم ذبحها فهذا والاول سواء لانه مطالب بارسالها واعادتها

الى الماء من بعد أداء الجزاء فان البدل انما يظهر حكمه عند فوات الاصل فأما مع القدرة على الاصل فلا معتبر بالبدل وما ولدت في يده بعد أداء الجزاء فليس عليه في ذلك الولد جزاء لانه لو ماتت هي في يده بعد أداء الجزاء لم يلزمه شيء آخر فمرفنا انه ليس في عينها حق مستحق بعد أداء الجزاء ليسري الى الولد بخلاف ما قبل أداء الجزاء فان قيل **فأين ذهب قولكم** انه لا معتبر بالبدل حال قيام الاصل وانه مطالب باعادتها الى الماء من بعد أداء الجزاء **قلنا** نعم لا معتبر بالبدل حال قيام البدل ولكن لا يجمع الاصل والبدل فيبقى بعد أداء الجزاء الحق متردداً بين الارسال الذي هو الاصل وبين المؤدى من الجزاء ولهذا لو باعه بعد بيعه يظهر ذلك عند فوات الاصل وباعتبار جانب المؤدى من الجزاء لا يظهر في الولد الحادث بعد ذلك استحقاق شيء فلماذا لا يلزمه الجزاء فيه ولانه يتملك ذلك الصيد بما أدى من الجزاء ولهذا لو باعه نفذ بيعه فالولد انما يتولد بعد ذلك من ملكه فلماذا لا يلزمه الجزاء فيه * وكذلك لو كان محرماً صاد ظلية ثم حل من احرامه وهي في يده خالها وحال أولادها كما بينا في الفصل الاول من الفرق بين ما قبل أداء الجزاء أو بعد أداء الجزاء فان ما قررناه من المعنى يشتمل على الفصلين جميعاً والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الوقف

قال الشيخ الامام الزاهد الاجل شمس الائمة ونفخ الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء : اعلم بان الوقف لغة الحبس والمنع وفيه لغتان أوقف يؤقف اي قافا ووقف يقف وقفا قال الله تعالى وقفوهم انهم مسؤولون . وفي الشريعة عبارة عن حبس المملوك عن التملك من الغير وظن بعض أصحابنا رحمهم الله انه غير جائز علي قول أبي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية . فنقول أما أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه فكان لا يبيح ذلك ومراده أن لا يجعله لازماً فأما أصل الجواز ثابت عنده لانه يجعل الواقف حابساً للعين على ملكه صارفاً للمنفعة الى الجهة التي سماها فيكون بمنزلة العارية والمارية جائزة غير لازمة ولهذا قال لو أوصي به بعد موته يكون لازماً بمنزلة الوصية بالمنفعة بعد الموت وذكر الطحاوي رحمه الله تعالى ان عنده لو نفذ في مرضه فهو كالمضاف الى ما بعد الموت لان تصرف المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلثه وخصوصاً فيما لا

يكون تمليكاً كالعتق كأنه يجعله موقوفاً على ما يظهر عند موته والصحيح أن ما بآشرفه في المرض
 بمنزلة ماله بآشرفه في الصحة في أنه لا يتعلق به لزوم ولا يمتنع الارث بمنزلة العارية إلا أن
 يقول في حياته وبعد موتى خفيئند يلزم إذا كان مؤبداً وصار الأبد فيه كعمر الموصى له
 بالخدمة في لزوم الوصية بعد الموت فأما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا الوقف يزبل ملكه
 وإنما يجبس العين عن الدخول في ملك غيره وليس من ضرورة ذلك امتناع زوال ملكه
 فلزوال الملك في حقه يلزم حتى لا يورث عنه بعد وفاته لأن الوارث يخلف المورث في ملكه
 وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً يقول بقول أبي حنيفة رحمه الله ولكنه لما حج مع الرشيد
 رحمه الله فرأى وقوف الصحابة رضوان الله عليهم بالمدينة ونواحيها رجع فافتي بلزوم الوقف
 فقد رجع عند ذلك عن ثلاث مسائل (أحداها) هذه (والثانية) تقدير الصاع بثمانية أرتال
 (والثالثة) أذان الفجر قبل طلوع الفجر . وحجتهم في ذلك الآثار المشهورة عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين منهم عمر وعثمان وعلي وطلحة والزبير
 وعائشة وحفصة رضي الله تعالى عنهم فأنهم بأشروا الوقف وهو باق إلى يومنا هذا وكذلك
 وقف إبراهيم الخليل صلوات الله وسلامه عليه باق إلى يومنا هذا وقد أمرنا باتباعه قال الله تعالى
 واتبعوا ملة إبراهيم حنيفاً والناس تعاملوا به من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا
 هذا يعني اتخاذ الرباطات والخوانات وتعامل الناس من غير نكير حجة وقد استبعد محمد
 رحمه الله قول أبي حنيفة في الكتاب لهذا وسماه تحكما على الناس من غير حجة فقال ما أخذ
 الناس بقول أبي حنيفة وأصحابه إلا بتركهم التحكم على الناس فإذا كانوا هم الذين يتحكمون
 على الناس بغير أثر ولا قياس لم يقلدوا هذه الأشياء ولو جاز التقليد كان من مضي من
 قبل أبي حنيفة مثل الحسن البصري وإبراهيم النخعي رحمهما الله أخرى أن يقلدوا ولم يحمد
 على ما قال . وقيل بسبب ذلك انقطع خاطره فلم يتمكن من تفرغ مسائل الوقف حتى خاض
 في الصكوك واستكثر أصحابه من بعده من تفرغ مسائل الوقف كالخفاف وهلال رحمهما الله
 ولو كان أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في الأحياء حين قال ما قال لدمر عليه فإنه كما قال مالك
 رضي الله تعالى عنه رأيت رجلاً لو قال هذه الاسطوانة من ذهب لدل عليه ولكن كل مجرى
 بالجلاء يسر ثم استدلل بالمسجد فقال اتخذ المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن
 ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولكنها تصير محبوسة بنوع قرينة قصدها فكذلك

في الوقف وبهذا تين أنه ليس من ضرورة الحبس عن الدخول في ملك الغير امتناع خروجه
 عن ملكه * ثم للناس حاجة الى ما يرجع الي مصالح معاشهم ومعادهم فاذا جاز هذا النوع من
 الاخراج والحبس لمصلحة المعاد فكذلك لمصلحة المعاش كبناء الخانات والرباطات واتخاذ
 المقابر ولوجاز الفرق بين هذا الاشياء لكان الأولى أن يقال لا يلزم المسجد وتلزم المقبرة حتى
 لا يورث لما في النباش من الاضرار والاستبعاد عند الناس أو كان ينبغي أن يلتزم الوقف
 دون المسجد لان في الوقف وان انعدم التملك في عينه فلذلك يوجد فيما هو المقصود به
 وهو التصديق بالغلة وذلك لا يوجد في المسجد فكان هذا الفرق أبعد عن التحكم مما ذهب
 اليه أبو حنيفة رحمه الله هذا معنى ما احتج به محمد رحمه الله وقد طوله في الكتاب ويستدلون
 بالعتق أيضاً فقيه ازالة الملك الثابت في العبد من غير تملك وصح ذلك على قصد التقرب
 فكذلك في الوقف وحجة أبي حنيفة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ابن ادم مالي
 مالي وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفريت أو لبست فألبيت أو تصدقت فامضيت وما
 سوى ذلك فهو مال الوارث فينبى النبي عليه الصلاة والسلام ان الارث انما ينعدم في الصدقة
 التي أمضاها وذلك لا يكون الا بعد التملك من غيره **وسئل** الشعبي عن الحبس فقال
 جاء محمد عليه الصلاة والسلام يبيع الحبس فهذا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا
 وان شريعتنا ناسخة لذلك وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم لا حبس عن
 فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الاثر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من البحيرة
 والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكننا نقول النكرة في موضع النفي
 تم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل (واستدل) بعض
 مشايخنا رحمهم الله بقوله عليه الصلاة والسلام إنا معاشر الانبياء لانورث ما تركناه صدقة فقالوا
 معناه ما تركناه صدقة لا يورث ذلك عنا وليس المراد أن أموال الانبياء عليهم الصلاة والسلام
 لا تورث وقد قال الله تعالى وورث سليمان داود وقال تعالى فهب لي من لدنك ولياً يرثني ويرث
 من آل يعقوب فحاشا ان يتكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف المنزل فعلى هذا التأويل
 في الحديث بيان أن لزوم الوقف من الانبياء عليهم الصلاة والسلام خاصة بناء على أن الوعد
 منهم كالعهد من غيرهم . ولكن في هذا الكلام نظر فقد استدلل أبو بكر رضي الله عنه على
 فاطمة رضي الله عنها حين ادعت بذلك بهذا الحديث على ما روى انها ادعت ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم وهب فذك لها وأقامت رجلاً وامرأة فقال أبو بكر رضي الله تعالى عنه
 ضمني إلى الرجل رجلاً وأولي المرأة امرأة فلما لم تجد ذلك جعلت تقول من يرثك فقال أبو
 بكر رضي الله تعالى عنه أولادي فقالت فاطمة رضي الله تعالى عنها أيرثك أولادك ولا
 أرت أنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبو بكر رضي الله عنه سمعت رسول الله
 صلى الله عليه وسلم يقول أنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة فعرّفنا أن المراد بيان أن
 ما تركه يكون صدقة ولا يكون ميراثاً عنه . وقد وقعت الفتنة بين الناس بسبب ذلك فترك
 الاشتغال به أسلم والمعنى فيه أن العين الموقوفة فيه كانت مملوكة قبل الوقف وبقيت بعده
 مملوكة والمملوك بغير مالك لا يكون فمن ضرورة بقائها مملوكة أن يكون هو المالك أو غيره
 ولم تصر مملوكة لغيره فكانت باقية على ملكه والوارث يخلف المورث في ملكه . وبيان قولنا
 أنها بقيت مملوكة أنه ينتفع بها على وجه الانتفاع بالمملوكات من حيث السكنى والزراعة وسائر
 وجوه الانتفاعات ولأنها خلقت مملوكة في الأصل وقد تقرر ذلك بتمام الأحراز فلا يتصور
 إخراجها عن أن تكون مملوكة إلا أن يجعلها الله تعالى خالصاً وبالوقف لا يتحقق ذلك . وفي هذه
 التسمية ما يدل على أنها مملوكة ^{محبوسة} وبه فارق العتق فالأدمى خلق في الأصل ليكون
 مال كصفة المملوكية فيه عارض محتمل للرفع وإذا رفع كان مالاً كما كان . ومن ضرورة إثبات
 قوة المالكية انعدام المملوكية وبخلاف المسجد فإن تلك البقعة تخرج من أن تكون مملوكة
 وتصير لله تعالى ألا ترى أنه لا ينتفع بها بشيء من منافع الملك وإن كانت تصلح لذلك وقد
 وجدنا لهذا الطريق أصلاً في الشرع وهو الكعبة فتلك البقعة لله تعالى خالصة متحرزة عن
 ملك العباد فالحقنا سائر المساجد بها ولم نجد مثل ذلك في الوقف بل الوقف بمنزلة تسيب
 أهل الجاهلية من حيث أنه لا تخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سبب
 دابته لم تخرج من ملكه فكذلك إذا وقف أرضه أو داره وإذا بقيت مملوكة له لا يمتنع
 الإرث فيها إلا باعتبار حق يستثنيه لنفسه بعد وفاته وذلك فيما إذا أضاف الوقف إلى ما بعد
 الموت فإنه تبقى العين على حكم ملكه لشغله إياه بحاجته والناس لم يأخذوا قول أبي حنيفة في
 المسئلة إلا باشتهار الآثار فأما من حيث المعنى كلامه قوى وهو يحمل الآثار على الوقف المضاف
 إلى ما بعد الموت أو المنفعة في الحياة وبعد الموت . قال رحمه الله تعالى قد تم الكتاب على قول
 أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وإنما البيان بعد هذا على قولهما * ثم بدأ الكتاب بحديث رواه

عن صخر بن جويرة عن نافع أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغا وكان
نحلاً نفيساً فقال عمر رضي الله تعالى عنه يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس
أفأصدق به فقال صلوات الله وسلامه عليه تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن
لينفق من ثمره . فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضييف والمساكين
وإين السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يؤكل صديقاً
له غير متمول منه . وهذه الأرض سهم عمر رضي الله عنه بخير حين قسم رسول الله صلى الله
عليه وسلم خير بين أصحابه رضي الله عنهم وتمع لقب لها . وقد كانت لا ملا لهم ألقاب حتى كان
لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة يقال لها العضباء وبغلة يقال لها دلدل وفرس يقال له السكب
وحمار يقال له يعفور وعمامة تسمى السحابة ثم في هذا دليل أن من قصد التقرب إلى الله سبحانه
وتعالى فينبغي أن يختار لذلك أنفس أمواله وأطيبها قال الله تعالى لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما
تحبون وقال الله سبحانه وتعالى ولا تيمموا الخيـث منه تنفقون فهذا اختار عمر رضي الله عنه
أنفس أمواله وأطيبها لما أراد التصديق . وفيه دليل على أن من أراد التقرب إلى الله تعالى فلا ولي
أن يقدم السؤال عن ذلك وإن الربا لا يدخل في هذا السؤال بخلاف ما يقوله جهال المتشقة . ثم
أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوقف بقوله تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث
فهو من حجة من يقول بلزوم الوقف وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه وقف كما فعله عمر
رضي الله عنه ولكن لم يستثن للوالى شيئاً وفيه دليل على أن كل ذلك واسع أن استثنى للوالى أن
يأكل بالمعروف كما فعله عمر رضي الله عنه وهو صواب وإن لم يستثن ذلك كما فعله علي رضي
الله عنه فهو صواب أيضاً وللوالى أن يأكل منه بالمعروف مقدار حاجته كما أن للإمام فعل
ذلك في بيت المال ولو وصى اليتيم ذلك في مال اليتيم إذا عمل له قال الله تعالى ومن كان فقيراً
فليأكل بالمعروف ولكن لا يكون له أن يؤكل غيره ممن ليس في عياله إلا إذا شرط الواقف
ذلك كما فعله عمر رضي الله عنه أو يؤكل صديقاً له (وقوله) غير متمول منه يعني يكتفي بما
يأكل ولا يكتسب به المال بالبيع لنفسه وهو نظير الغازي في طعام الغنيمة يباح له أن يتناول
بقدر حاجته ولا يتمول ذلك بالبيع والا قراض من غيره وفيه دليل محمد رحمه الله أن الوقف
لا يتم إلا بالتسليم إلى المتولى . وفي قوله لا جناح على من وليه إشارة إلى ذلك وقد روى
أنه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله تعالى عنها قال محمد رحمه الله ولهذا يأخذ إذا

تصدق بها في حياته في صحته كان ذلك من جميع ماله واذا تصدق به في مرضه كان ذلك من ثلثه لانه ازالة الملك بطريق التبرع . ثم لاختلاف أنه لو قال تصدقت بأرضي هذه على الفقراء والمساكين انه لا يكون وقفاً بل يكون ذلك نذراً بالصدقة اذا قصد به الالتزام فان عين انساناً فهو تصدق عليه بطريق التملك ولا يتم الا بالتسليم ولو قال وقفت أرضي هذه أوجبستها أو حرمتها أو هي موقوفة أو محبوسة أو محرمة فهذا باطل بالاتفاق لان كلامه يحتمل فاعل مراده وقفها على ملكي لتكون مصروفة في حاجتي أو على قضاء ديوني فان قال لاني ان بعينه وقفها لك أو حبستها لك أو قال هي لك وقف أو حبس فهو باطل أيضاً الاعلى قول أبي يوسف فانه يقول يكون تملكاً منه يتم بالتسليم اليه بقوله لك . وقوله وقف أو حبس باطل . ووجه ظاهر الرواية أن قوله وقف أو حبس تفسير لقوله لك فيمنع ذلك تملك الغير منه والكلام المبهم اذا اقترن به تفسير كان الحكم لذلك التفسير كقوله داري لك سكني تكون عارية فان قال هي صدقة موقوفة على الفقراء والمساكين وأخرجها من يده الى يد قيم يقوم بها وينفق عليها في مرمتها واصلاح مجاريها ويزرعها ويرفع من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقي بعد ذلك في كل سنة على الفقراء والمساكين فهذه صدقة جائزة وليس له أن يرجع فيها الاستجماع شرائط الوقف على قول من يقول بلزوم الوقف من القسمة والتسليم واخراج الاصل عن ملكه والتأييد في جهة صرف الغلة ما بقيت الدنيا وانما يبدأ من غلتها بمرمتها واصلاح مجاريها لانها لا تبقى منتفعا بها الا بعد ذلك ومقصود الواقف أن تكون الصدقة جارية له الى يوم القيامة كما قال عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم يتقطع بموته الا ثلاثة علم علمه الناس فهم يعملون به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية له الى يوم القيامة وفي بعض الروايات قال الاسيبا وذكر من جملة ذلك نهراً أكره وخانا بناء ومصحفاً سبيله وانما يرفع من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها لانه لا يتمكن من الزراعة الا بذلك ولان الغلة لا تطيب من الاراضي الخراجية الا بأداء الخراج وانما قصد الواقف أن يكون التصديق عنه باطيب المال وذلك عند أداء النوائب فهذا يرفع الوالي من غلتها ما يحتاج اليه لنوائبها ويقسم الباقي بعد ذلك في كل سنة وليس هذا بتوقيت لازم ولكن يقسم عند حصول الغلة ومن الاراضي ما يغل في السنة مرتين ومنها ما يغل في السنة مرة فكما حصلت الغلة ينبغي له أن يقسم ما يحصل من النوائب في الفقراء والمساكين ولا يؤخر لما في التأخير من الآفات وفي

التعجيل من القربة تحصيل مقصود الواقف ولذلك اذا جعل أرضا له مقبرة للمسلمين
ويأذن لهم أن يقبروا فيها فيفعلون فليس له بعد ما يخلى بين المسلمين وبينها ويقبروا فيها
إنسانا واحدا أو أكثر أن يرجع فيها لان التسليم على قول من يشترط التسليم يتم بهذا
فان ما هو المقصود قد حصل اذا قبروا فيها انسانا واحدا وكذلك اذا جعلها خانا للمسلمين
وخلى بينهم وبينها فدخلها باذنه رجل واحد أو أكثر فلا سبيل له بعد ذلك عليها لان التسليم
يتم بهذا وهذا لانه لا يتحقق القبض من جميع المسلمين ففعل الواحد منهم كفعل الجماعة
للمساواة بين الكل فيما ثبت به من الحق وهو نظير ما جعل الشرع أمان الواحد من
المسلمين كأمان الجماعة * ثم النزول في الخان والدفن في المقبرة من مصالح الناس قال الله
تعالى ألم نجعل الارض كفانا أحياء وأمواتا وجواز الوقف لمعنى المصلحة فيه للناس من
حيث المعاش والمعاد وكذلك الرجل يكون له الدار بمكة فيجعلها سكنى للحاج والمعتمرين
ويدفعها الى ولى يقوم عليها ويسكن فيها من زار فليس له بعد ذلك أن يرجع فيها وان مات لم
تكن ميراثا وان لم يسكنها أحد لانه حين سلمها الى ولى يقوم عليها فقد أخرجها من
ملكه ويده * والتسليم على قول من يشترط يكون بأحد الطريقين إما بأبواب يد القيم
عليها أو بأن يحصل المقصود بسكنى بعض الناس فيها باذنه . وكذلك ان جعل دارا له في غير مكة
سكنى للمساكين ودفعها الى ولى يقوم بذلك . وكذلك ان جعلها سكنى للغزاة والمرابطين
في ثغر من الثغور أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى ولى يقوم
به فهو جائز ولا سبيل له الى رده لانه قصد التقرب بما صنع فأما السكنى فلا بأس بأن
يسكنها الغنى والفقير من الغزاة والمرابطين والحاج . وكذلك نزول الخان والدفن في المقبرة
فأما الغلة التي جمعت للغزاة فلا يعجبني أن يأخذ منها إلا محتاج اليها لان الغلة مال يملك
والتقرب الى الله تعالى بتملك المال يكون من المحتاج خاصة دون الغنى بخلاف السكنى *
وحقيقة المعنى في الفرق أن الغنى مستغن عن مال الصدقة بماله نفسه وهو لا يستغنى بماله
عن الخان لينزل فيه وعن الدفن في المقبرة فلا يمكنه أن يتخذ ذلك في كل منزل وربما لا يجد ما
يستأجره فلماذا يستوي فيه الغنى والفقير وهو نظير ماء السقاية والحوض والبئر فانه يستوي
فيه الغنى والفقير لهذا المعنى وهذا لان الماء ليس بمال قبل الاحراز والناس يتوسعون فيه
عادة ولا يخصون به الفقراء دون الاغنياء بخلاف التصديق بالمال * ثم الواقف وان أطلق

الغزاة في سبيل الله فراه التقرّب وذلك بصرف المال الى المحتاجين منهم وفي اللفظ ما يدل
 عليه شرعا قال الله تعالى من أصناف الصدقات وفي سبيل الله * ثم يصرف الصدقة الى
 الفقراء من الغزاة دون الاغنياء * والحاصل انه متى ذكر مصرفا فيه تنصيب على الفقر
 والحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى
 ذكر مصرفا يستوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم
 وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا أن يكون في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس
 لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فينشد ان كانوا يحصون فالفقراء والاغنياء فيه سواء وان
 كانوا لا يحصون فالوقف صحيح وتصرف الى فقرائهم دون أغنيائهم لان الاستعمال بمنزلة
 الحقيقة في جواز تصحيح الكلام باعتباره وتام بيان هذه الفصول في كتاب الوصايا . قال (وان
 جعل أرضا له مسجدا لعامة المسلمين وبنائها وأذن للناس بالصلاة فيها وأبأنها من ملكه فأذن
 فيه المؤذن وصلى الناس جماعة صلاة واحدة أو أكثر لم يكن له أن يرجع فيه وان مات لم
 يكن ميراثا) لانه حرزها عن ملكه وجعلها خالصة لله تعالى قال الله تعالى وأن المساجد لله
 وقال عليه الصلاة والسلام من بنى لله مسجدا ولو كفح حصص قطاة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة
 ولا رجوع له فيما جعله الله تعالى خالصا كالصدقة التي أمضاها . ثم عند أبي يوسف يصير
 مسجداً اذا أبانه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه وان لم يصل فيه أحد كما في الوقف على
 مذهبه ان الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم الى المتولى وعند محمد لا يصير مسجداً ما
 لم يصل الناس فيه بالجماعة . بنى على مذهبه ان الوقف لا يتم الا بالتسليم الى المتولى وعن أبي حنيفة
 فيه روايتان في رواية الحسن عنه يشترط إقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي رواية غيره عنه قال اذا صلى
 فيه واحد يصير مسجداً وان لم يصل بالجماعة . وجه رواية الحسن أن تمام التبرع بحصول
 المقصود به بدليل الصدقة فالمقصود بها اغناء المحتاج ثم لا يتم ما لم يحصل هذا المقصود بالتسليم
 اليه فهنا المقصود من المساجد إقامة الصلاة فيها بالجماعة لان جميع وجه الارض موضع الصلاة
 وانما بنى المساجد لإقامة الصلاة فيها بالجماعة فلا يصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود .
 وجه الرواية الاخرى أن المقصود أن المسجد موضع السجود وقد حصل ذلك بالصلاة
 فيه منفردا كان أو بجماعة وقد بينا ان الواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم
 فتجعل صلاة الواحد فيه كصلاة الجماعة * وقد بينا نظيره في نزول الخان والدفن في المقبرة

(وروى) عن معاذ بن جبل وابن عباس وشريح والحسن والشعبي رضي الله عنهم قالوا لا تجوز الصدقة حتى يقبض وبه نأخذ فنقول ان الصدقة لا تتم الا بالقبض بخلاف ما يقوله مالك رحمه الله تعالى وهذا لان المتصدق يجعل ما يتصدق به خالصا لله تعالى باخراجه عن ملكه وحقه ولا يتم ذلك الا بالاخراج من يده ولا خلاف فيه بين العلماء رحمهم الله تعالى في الصدقة المنفذة وقال أهل المدينة رحمهم الله مجرد الاعلام يكفي لذلك لما جاء في الاثر عن ابن مسعود رضي الله عنه وغيره اذا أعلت الصدقة جازت وجعلوا ذلك قياس العتق فان العتق يزيل المعتق عن ملكه ويجعله لله تعالى ثم يتم ذلك بنفسه فكذلك الصدقة ولان الآخذ للصدقة هو الله تعالى قال الله تعالى ويأخذ الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الصدقة تقع في كف الرحمن فيريها كما يري أحدكم فلوله حتى تصير مثل أحد . ولكننا نقول هذا في ضمن الاتصال الى الفقير ليكون الفقير آخذاً كسفايته من الله تعالى فانه عبد الله وكفاية العبد على مولاه وقد وعد له ذلك بقوله تعالى وما من دابة في الارض الا على الله رزقها ولهذا لم يكن للمعطي منة على القابض وهذا المقصود لا يحصل قبل التسليم الى الفقير فلا تتم الصدقة بخلاف العتق فالعبد في يد نفسه فيصير قابضا نفسه مع أن المعتق متلف للملك والرق فيه والاتلاف يتم بالتلف والمتصدق غير متلف للملك بل جاعل الملك لله تعالى خالصا وذلك في ضمن التملك من الفقير فكما ان التملك من الفقير لا يتم إلا بالتسليم اليه فكذلك جعله لله تعالى . فأما الصدقة الموقوفة على قول أبي يوسف رحمه الله تلزم بالاعلام وان لم يخرجها من يده الى يد المتولى وعلى قول محمد رحمه الله لا يتم الا بالاخراج من يده والتسليم الى المتولى وهو قول ابن أبي ليلى . وحجته في ذلك أن ازالة الملك بطريق التبرع قيامه بالتسليم كما في الصدقة المنفذة وهذا لانه لو لم يبرع قبل التسليم لصارت يده مستحقة عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق على المتبرع في غير ما تبرع به فينبغي أن يكون متبرعا في ازالته كما في ازالة ملكه وذلك بأن لم تتم الصدقة قبل التسليم بل هذا أولى من الصدقة المنفذة فان جواز ذلك متفق عليه بين العلماء رحمهم الله وفي جواز الصدقة الموقوفة ولزومها خلاف ظاهر ثم تلك الصدقة مع قوتها لا تتم الا بالتسليم فهذا أولى . وقال في الكتاب من جوز الصدقة غير مقبوضة لم يفصل بين الصدقة الموقوفة والمنفذة وهو قول أهل المدينة رحمهم الله وكذلك من لم يجوزها الا مقبوضة والفرق بينهما من نوع التحكم وقد بينا أن ذلك لا يجوز وأبو يوسف رحمه الله يقول هذه ازالة ملك لا تتضمن التملك فتم بدون القبض

كالمعنى بخلاف الصدقة المنفذة فانها تتضمن التملك وهذا لان القبض انما يعتبر من الممتلك
 أو من نائبه ليتأكد به ملكه ألا ترى أنه لا يعتبر قبض غيره له بغير اذنه والصدقة الموقوفة
 لا يملكها أحد فلا معنى لاشتراط القبض فيها . يوضحه أن المتولى مختار الواقف فيده
 تقوم مقام يد الواقف لا مقام يد الموقوف عليه فانه ما اختاره وربما لم يعلم به أيضا فاذا كانت
 تتم يده من اختاره الواقف فييد الواقف أولى بخلاف العدل في الرهن فان يده كيد المرتهن
 هناك لانه لا يصير عدلا الا برضا المرتهن واختياره ولهذا يصير المرتهن مستوفيا دينه
 بهلاكه في يد العدل ولان حق المرتهن ثبت في العين فتمكن فيجعل العدل نائباً عنه وهنا
 الموقوف عليه في الغلة لا في العين فلا يمكن جعل المتولى نائباً عنه في قبض العين بل هو نائب
 عن الواقف فلا معنى لاشتراط قبضه . واستدل محمد رحمه الله في الكتاب بحديث عمر رضي
 الله عنه فانه جعل وقفه في يد ابنته حفصة رضي الله عنها وانما فعل ذلك ليم الوقف ولكن
 أبو يوسف رحمه الله يقول فعل ذلك لكثرة اشتغاله وخاف التقصير منه في أوانه أوليكون
 في يده بعد موته فأما أن يكون فعله لاتمام الوقف فلا وكان القاضي أبو عاصم رحمه الله يقول
 قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى لمقارنته بين الوقف والعق من حيث انه ليس في كل
 واحد منهما معنى التملك وقول محمد رحمه الله أقرب الى موافقة الآثار . وعلى هذا الخان
 والرباط يتم عند أبي يوسف رحمه الله تعالى بالتولية بينه وبين الناس وان لم ينزل فيه أحد ولا
 يتم عند محمد رحمه الله الا بالتسليم الى المتولى أو بنزول الناس فيه . وكذلك المقبرة والسقاية عند
 محمد لا يتم الا بالتسليم الى قيم يقوم عليه أو بأن يدفوا في المقبرة رجلا واحداً أو يسقى من
 السقاية رجلا واحداً . وكذلك المسجد الا أن في المسجد تمامه عند محمد رحمه الله بأن يصلي الناس فيه
 بالجماعة لان التسليم الى المتولي في المسجد لا يتحقق اذ لا تدبير فيه للمتولى في اختيار من يصلي
 بالمسجد أو الاستغلال لان المسجد قد تحرز عن ذلك وكذلك لا تدبير لاحد في سد باب
 المسجد لانه ان كره لاهل المسجد أن يغلّقوا باب المسجد فكيف بغيرهم فهذا يوقف التمام
 على اقامة الصلاة فيه بالجماعة وفي سائر الوقف للمتولى تدبير في ذلك فجعل التسليم الى المتولى متما
 للصدقة ولان المقصود في سائر الوقف منفعة العباد فيمكن جعل يد المتولي في ذلك بمنزلة
 يدهم والمقصود هنا اقامة العبادة لله تعالى في المسجد خالصاً ولا يحصل ذلك الا باقامة الصلاة
 فيه . قال (ولو وقف نصف أرض أو نصف دار مشاعاً على الفقراء فذلك جائز في قول

أبي يوسف رحمه الله لأن القسمة من تمة القبض فإن القبض للحيازة وتام الحيازة فيما يقسم
بالقسمة. ثم أصل القبض عنده ليس بشرط في الصدقة الموقوفة فكذلك ما هو من تمة الوقف
وهذا لأن الوقف على مذهبه قياس المتق والشيوع لا يمنع العتق فكذلك لا يمنع الوقف إلا
أن العتق لا يتجزأ عنده لما في التجزى من تضاد الأحكام عنده في محل واحد وذلك لا يوجد
في الوقف فيحتمل التجزى ويتم مع الشيوع في القدر الذي أوقفه وأما عند محمد رحمه الله
لا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لأن على مذهبه أصل القبض شرط لتام الوقف
فكذلك ما يتم به القبض وتام القبض فيما يحتمل القسمة بالقسمة واعتبره بالصدقة
المنفذة فإنها لا تتم في مشاع يحتمل القسمة كالهبة ويتم في مشاع لا يحتمل القسمة لأنه
بالقسمة يتلاشى فلا تكون القسمة فيه حيازة فكذلك الصدقة الموقوفة تجوز في مشاع
لا يحتمل القسمة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة ما لم يقسم. وعلي هذا الخان والمقبرة والمسجد
والسقاية يعني فيما يحتمل القسمة لأنه لا يتم من الشيوع عند محمد رحمه الله تعالى. فأما المسجد
والمقبرة لا تتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لأن بقاء الشركة يمنع أن تكون البقعة لله تعالى
خالصاً ولا نالاً لجوزنا ذلك وقعت الحاجة إلى المهايأة فتقبر فيه الموتى في سنة ثم تنبش في سنة
أخرى ويزرع لمراعاة حق المالك ويصل الناس في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلًا في وقت
آخر بحكم المهايأة وذلك ممتنع بخلاف الوقف فالمقصود هناك الاستغلال فيما بقي منه ملكاً وفيما
صار منه وفقاً فلو جاز مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يؤدي إلى تضاد الأحكام بل
يستغل وتقسم الغلة على قدر الملك والوقف منه وذلك صحيح وكذلك لو جعل جميع الأرض
أو الدار لشيء من ذلك وأخرجه من يده ثم استحق بعضه مشاعاً بطل في الكل ورجع الباقي
إليه في حياته وإلى وارثه بعد وفاته لأن بالاستحقاق يتبين بطلان تصدقه في القدر المستحق
لأنه لم يكن مملوكاً له يومئذ ولا أجازه مالكه ولو جاز في القدر المملوك لكان لزومه ابتداء
في الجزء الشائع وقد بينا أن ذلك لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة وهذا بخلاف ما إذا فعله في
مرضه ثم مات ولا مال له سواء فأبطله الوارث فيما زاد عن الثلث بقي الثلث صحيحاً لأن حق
الوارث انما يثبت بعد الموت فأبطله في القدر الذي له إبطاله يقتصر على هذه الحالة فلا يتبين
به أن ابتداء الوقف في الجزء الشائع وأصل هذا الفرق في الهبة والصدقة المنفذة فان رجوع
الوارث في البعض كرجوع الواهب وذلك لا يمنع بقاء الهبة فيما بقي لأنه شيوع طاري.

فكذلك في الصدقة الموقوفة وان استحق بعضه ميزا بعينه كان ما فعله جائزا فيما بقي ماضيا لوجهه لان بهذا الاستحقاق لم يتبين الشيوع فيما بقي فان المستحق ميز مما بقي فهو بمنزلة دارين وقفهما فاستحققت احدهما وكذلك الحكم في الصدقة المنفذة اذا كان المستحق ميزا يقرر الصدقة فيما بقي وكذلك الحكم في الهبة بخلاف ما اذا استحق جزأ شائعا ولا فرق عند استحقاق الجزء الشائع بين أن يكون المستحق كثيرا أو لم يكن لان المانع الشيوع وقد تحقق ذلك باستحقاق جزء قل ذلك أو كثر . قال (واذا كانت الارض بين رجلين فتصدق بها صدقة موقوفة على بعض الوجوه التي وصفناها ودفعاها الى ولي يقوم بها كان ذلك جائزا) لان مثله في الصدقة المنفذة جائز اذا تصدق رجلان على واحد والمعنى فيه أن المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل ولا شيوع هنا فقد صار الكل صدقة مع كثرة المتصدقين بها والقبض للمتولى في الكل وجد جملة واحدة فهو وما لو تصدق رجل واحد سواء ولو تصدق كل واحد منهما بنصفها شائعا على حدة صدقة موقوفة وجعل لها واليا على حدة لم يحز لانهما صدقتان متفرقتان لان كل واحد منهما تصدق بنصيبه بعقد على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثله في الصدقة المنفذة لا يجوز حتى لو تصدق احدهما بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يحز شيء من ذلك وهذا لان قبضه في نصيب كل واحد منهما لاقى جزأ شائعا فكذلك قبض كل واحد من الوالين هنا لاقى جزأ شائعا . قال (ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على المساكين وجعلا الوالى لذلك رجلا واحدا فسلمها اليه جميعا جاز) لان تمام الصدقة بالقبض والقبض مجتمع فقد حصل قبض الكل من واحد في محل عين والدليل على أن المتبرع هو القبض في الهبة والصدقة المنفذة أنه لو باشر ذلك مع رجل في النصف ثم في النصف ثم سلم الكل اليه جاز ولو باشره في الكل ثم سلم اليه النصف لم يحز وكذلك ان جعلها جميعا الى رجلين لان الوالين هنا كوال واحد حيث جعلهما كل واحد منهما واليا في صدقة بخلاف ما تقدم هناك من أن كل واحد من المتصدقين خص واحدا من الوالين فجعله واليا في صدقته فانما يلاقى قبض كل واحد منهما جزأ شائعا ألا ترى أن في الرهن لو أن رجلين رهنا عينا من رجلين بدين لهما عليهما جاز ولو قال على أن نصيب أحد الراهنين رهن عند احدهما ونصيب الآخر عند الآخر لم يحز وكذلك في الهبة والصدقة المنفذة ولو وهب من رجلين أو تصدقا عليهما جاز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

ولو قال انصيب احد الواهين لاحدهما بعينه ونصيب الآخر لاخر لم يحز وكذلك في الصدقة الموقوفة . قال (ولو تصدقا بها على واحد فوكل المتصدق عليه رجلين بقبضها كل واحد منهما يقبض نصيب أحدهما خاصة فقبضا ذلك معاً جاز وان كان القابض اثنين لانهما انما قبضاها الواحد فكل واحد منهما وكيل من جهته وقبض الوكيل كقبض الموكل فكان القبض مجتمعاً حكماً وان كان متفرقاً صورة ~~فان قيل~~ في الصدقة الموقوفة الوليان كل واحد منهما يقبض للموقوف عليه فينبغي أن يجوز وان تفرق الوالي لاتحاد جهة الصرف ~~قلنا~~ لا كذلك بل كل واحد من الواليين عامل لمن جملة واليا في صدقته ولهذا لو لحقه عهدة فيما قبض رجع به عليه فاذا اختار كل واحد منهما في صدقته قوماً على حدته كان قبض كل واحد منهما في جزء شائع ولو تصدقا به على رجلين صدقة واحدة فوكل المتصدق عليهما رجلين كل واحد منهما يقبض ما تصدق به عليه أحد الرجلين دون الآخر فقبض الوكيلان جميعاً أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لان فعل الوكيلين كفعل الموكلين فان كل واحد منهما نائب وكيله في القبض ولو قبض الموكلان معاً أو أحدهما قبل صاحبه جاز ذلك لاتحاد الصدقة في جانب المتصدقين وتماهما عند قبض الآخر منهما فكذلك الوكيلان ألا ترى انه لو كان المتصدق والمتصدق عليه واحداً فقبض النصف ثم النصف كان هذا وما لو قبض الكل جملة سواء وان قبضا أحد النصيبين كان لصاحبه ان يرجع فيه مالم يقبضا نصيب الآخر لان تمام الصدقة بتمام القبض ولا يتم القبض في مشاع يحتل القسمة فلم تتم به الصدقة وكان لصاحبه ان يرجع فيه كما قبل التسليم فان قبضا نصيب الآخر قبل رجوع الأول فيه فقد تمت الصدقة لتمام القبض منهما في الكل ولا رجوع فيه لواحد منهما بعد ذلك * ولو تصدق كل واحد منهما بنصفه صدقة موقوفة على حدة ووكلا فيها رجلاً واحداً فقبض نصيبهما مجتمعاً أو متفرقاً كانت الصدقة جائزة لانه حين قبض الكل فلا شيوخ في المحل وان كان قبض نصيب أحدهما فله أن يرجع فيه مالم يقبض نصيب الآخر لما بينا ان قبضه في نصيبه لاقى جزءاً شائعاً فلا تتم به الصدقة . قال (فان باعه وهو في يد الوكيل جاز بيعه) لان الصدقة في نصيبه لم تتم حين لم يقبض الوكيل نصيب الآخر وكان وجود القبض في نصيبه كعدمه فلهذا جاز بيعه وان مات فهو ميراث عنه فان قبض الوكيل نصيب الآخر بعد موت الاول فقبضه باطل والصدقة مردودة لان بموت الاول بطلت الصدقة في نصيبه وصار ميراثاً لورثته فلو جازت الصدقة في النصف الآخر

بالقبض بعد ذلك كان ذلك في جزء شائع وذلك غير جائز ويستوى ان كان قبضه باذن الثاني أو بغير اذن الثاني بخلاف ما قبل موت الاول لان حكم الصدقة في نصيب الاول موقوف على أن تتم بتمام القبض وذلك يحصل بقبضه نصيب الثاني فلماذا تمت الصدقة في الكل . قال (دار بين رجلين تصدق احدهما بنصيبه منها على رجل وسلمه اليه أو الى وكيله ثم تصدق الآخر أيضا عليه بنصيبه وسلمه اليه أو الى وكيله لم يجز شيء من ذلك) لانهما صدقتان متفرقتان فان تمام الصدقة بالقبض وقبضه في كل واحد من النصيبين لاقى جزأ شائعا وان لم يقبض نصيب الاول حتى تصدق الآخر بنصيبه عليه أيضا وقد أذن كل واحد منهما له في القبض فقبضهما جملة جاز لما بيننا أن المانع اقتراق القبض وقد قبض الكل جملة فكان الصدقة منها عليه كانت جملة بمقد واحد وكذلك لو قبض نصيب كل واحد منهما على حدة بيده أو بيد وكيله فهو جائز لان قبضه تم حين قبض نصيب الآخر منهما وقبض وكيله له كقبضه وهذا بخلاف الاول فان هناك حين قبض نصيب الاول ما كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر أصلا فتعين جهة البطلان في نصيب الاول فيبطل حكم قبضه في نصيب الثاني بعد ما بطل حكم الصدقة في نصيب الاول وبطل حكم قبضه في نصيب الثاني لملاقاته جزأ شائعا وهنا حين قبض نصيب الاول كان حكم الصدقة ثابتا في نصيب الآخر فيتوقف حكم تمام الصدقة في نصيب الاول على تمام القبض وقد تم ذلك بقبض الثاني . يوضحه ان هناك حين قبض نصيب الاول لم يكن متمكنا من قبض نصيب الثاني فانما يعتبر حكم قبضه فيما تمكن منه خاصة وهو جزء شائع وهنا حين قبض نصيب الاول كان متمكنا من قبض نصيب الثاني فيجعل ما تفرق من قبضه كالمتجمع لتمكنه من قبض الكل . قال (واذا كانت الارض لرجل أو رجلين فتصدقا بها صدقة موقوفة وسلمها الى رجل واحد وجعل احدهما نصيبه موقوفا على ولده وولد ولده أبدا ما تناسلوا فاذا انقضوا كانت غلتها للمساكين وجعل الآخر نصيبه وقفا على اخوته وأهل بيته فاذا انقضوا كانت غلته في الحج يحج بها في كل سنة أو كان المتصدق واحدا فجعل نصف الارض مشاعا على الامر الاول ونصفها على الامر الآخر فذلك جائز) لانها صدقة واحدة يقبضها وال واحد فلا يضرهم على أي الوجوه فرقوا غلتها ومعنى هذا ان تمام الصدقة بالقبض واذا كان الوالي واحدا فهو يقبض الكل جملة فتم الصدقة بالكل بقبضه ثم تفرق جهات الصدقة لا تفرق الصدقة ألا ترى ان المتصدق لو

كان واحداً و فرق الغلة سهاماً بعضها في الحج وبعضها في الغزو وبعضها في أهل بيته وبعضها في المساكين كان ذلك صدقة جائزة فكذلك اذا كان المتصدق اثنين وعين كل واحد منهما لنصيبه مصرفاً وهذا كله قول محمد فأما عند أبي يوسف الصدقة الموقوفة في جميع هذه الوجوه جائزة لانه يجوزها غير مقبوضة فكذلك غير مقسومة . فالخاصل أن أبا يوسف يوسع في أمر الصدقة الموقوفة في قوله الآخر غاية التوسع وفي قوله الأول ضيق فيها غاية التضيق كما هو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه فقال لا تلزم في الحياة أصلاً وتوسط قول محمد رحمه الله في ذلك ولهذا أفتى عامة المشايخ رحمهم الله فيها بقول محمد رحمه الله . ومما توسع فيه أبو يوسف رحمه الله انه لا يشترط التأيد فيها حتى لو وقفها على جهة يتوهم انقطاعها يصح عنده وان لم يجعل آخرها للمساكين ومحمد رحمه الله يشترط التأيد فيها فقال اذا كانت الجهة بحيث يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة اذا لم يجعل آخرها للمساكين لان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وذلك يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها فلم يتوفر على العقد موجبهُ والتوقيت في هذا العقد كالتوقيت في البيع فكان مبطلاً وأبو يوسف رحمه الله يقول المقصود هو التقرب الى الله تعالى والتقرب تارة يكون في الصرف الى جهة يتوهم انقطاعها وتارة بالصرف الى جهة لا يتوهم انقطاعها لا تصح الصدقة لتحصيل مقصود الواقف * ومن ذلك أنه لو جعل مصرف الغلة لنفسه مادام حياً فذلك جائز عند أبي يوسف أيضاً اعتباراً للابتداء بالانتهاء لانه يجوز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها واذا انقطعت عادت الغلة اليه في الانتهاء فكما يجوز ذلك في الانتهاء فكذلك في الابتداء لجواز أن يقدم نفسه على غيره في الغلة وهذا لان معنى التقرب لا ينعدم بهذا قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة وقال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فأما عند محمد رحمه الله اذا جمعه وفقاً على نفسه أو جعل شيئاً من الغلة لنفسه مادام حياً فالوقف باطل وهو مذهب أهل البصرة رحمهم الله لان التقرب بازالة الملك واشترط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع زوال ملكه فلا يكون ذلك صحيحاً وكذلك لو شرط الغلة لامائه فهو كاشترطه لنفسه ولكن ذكر محمد أنه اذا اشترط الغلة لامهات أو لولده فذلك جائز وهذا على أصل أبي يوسف غير مشكل وعلى قول محمد رحمه الله هو مستحسن على ما بينه بعد هذا ان شاء الله تعالى * ومن ذلك أنه اذا شرط في الوقف ان يستبدل به أرضاً أخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد وهو قول

أهل البصرة رحمهم الله الوقف جائز والشرط باطل لان هذا الشرط لا يؤثر في المنع من
 زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التأييد في أصل الوقف فيتم الوقف بشروطه
 ويبقى الاستبدال شرطاً فاسداً فيكون باطلاً في نفسه كالمسجد اذا شرط الاستبدال به أو
 شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح فهذا مثله . قال (ولو
 شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام في الوقف فعلي قول أبي يوسف الوقف جائز والشرط جائز كما
 هو مذهبه في التوسع في الوقف وقال هلال بن يحيى الوقف باطل وهو قول محمد وقال يوسف
 ابن خالد السمنى الوقف جائز والشرط باطل لانه ازالة ملك لا الى ملك فيكون بمنزلة الاعتراف
 واشترط الخيار في العتق باطل والعتق صحيح وكذلك في المسجد اشتراط الخيار باطل
 واتخاذ المسجد صحيح فكذلك في الوقف ومحمد يقول ان تمام الوقف يعتمد تمام الرضا ومع
 اشتراط الخيار لا يتم الرضا فيكون ذلك مبطلاً للوقف بمنزلة الاكراه على الوقف ثم تمام الوقف
 على مذهبه بالقبض وشرط الخيار يمنع تمام القبض ألا ترى ان في الصرف والسلم لا يتم القبض
 مع شرط الخيار وبه فارق المسجد فالقبض هناك ليس بشرط انما الشرط إقامة الصلاة فيه
 بالجماعة وقد وجد ذلك مع شرط الخيار فلماذا كان مسجداً ثم شرطه غير معتبر في اتخاذ
 المسجد فلا يفسد بفساد الشرط وشرطه في الوقف مراعى وما يتعلق بالجائز من الشرط
 الفاسد فالفساد من الشروط يبطله وأبو يوسف رحمه الله يقول الوقف يتعلق به اللزوم ويحتمل
 الفسخ ببعض الاسباب واشترط الخيار للفسخ فيكون بمنزلة البيع في أنه يجوز اشتراط الخيار
 فيه وهذا في الحقيقة بناء على الأصل الذي ذكرناه فانه يجوز أن يستثنى الواقف الغلة لنفسه
 مادام حياً فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لتروى النظر فيه . قال (فان خرب
 ما حول المسجد واستغنى الناس عن الصلاة فيه فعلي قول أبي يوسف رحمه الله لا يعود الى ملك
 الثانى ولكنه مسجد كما كان وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الثانى والى ملك وارثه وان
 كان ميتاً) لانه جعل هذا الجزء من ملكه مصروفاً الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى
 ملكه كالمحصر اذا بعث بالهدى ثم زال الاحصار فادرك الحج كان له أن يصنع بهديه
 ما شاء . قال (ولو شترى حصر المسجد وحشيشاً فوقع الاستغناء عنه كان له أن يضع به ماشاء
 وأبو يوسف رحمه الله يقول اذا تم زوال العين عن ملكه وصار خالصاً لله تعالى فلا يعود الى
 ملكه بحال) كما لو أعتق عبده وهذا لان القربة التي قصدتها لم تنعدم بخراب ما حولها فان

الناس في المساجد شرعا سواء فيصلى في هذا الموضع المسافرون ومارة الطريق وهكذا يقول
 في الحصر والحشيش انه لا يعود الى ملكه ولكن يصرف الى مسجد آخر بالقرب من ذلك
 المسجد وهدى الاحصار لم يزل عن ملكه قبل الذبح * واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة
 فان في زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن
 يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك سائر هذه المساجد في الحقيقة انما ينبغي
 هذا على ما بينا فان أبا يوسف رحمه الله تعالى لا يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه ليصير
 مسجداً فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن يكون مسجداً ومحمد
 يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس
 الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً * وحكى ان محمداً رحمه الله مر بمزبلة فقال
 هذا مسجد أبي يوسف يريد به انه لما لم يقل بعوده الي ملك الثاني يصير مزبلة عند تطاول
 المدة * ومر أبو يوسف باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فرما
 يجعله الملك اصطبل بعد أن كان مسجداً فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار
 اليه * ثم ذكر في الاصل بعض صكوك الوقف وشرح ماهو من رسم الصكوك في ذلك
 بذكره في كتاب الشروط وانما نذكر هنا من ذلك ما يتصل بالوقف * فمنه انه ذكر في
 المصارف وعلي ذوى الحاجة من موالى فلان بن فلان ومولياته ولم يذكر الاسفل أو
 الاعلى وتأويل هذا اذا كان فلان من هؤلاء العرب لا ولاء عليه فان كان عليه ولاء فالوقف
 بهذا اللفظ لا يصح مالم يبين الاعلى أو الاسفل على قياس الوصية فانه لو أوصى لمولى فلان
 ولفلان موال أعنتهم وأعتقهم فانه لا تصح الوصية مالم يبين الاسفل أو الاعلى . منصوص
 عليه في الوصايا في الجامع فكذلك الوقف * ومن ذلك أنه يشترط فيه أن يرفع الوالى من غلته
 كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج وما يحتاج اليه لبذر الارض ومؤونتها وأرزاق
 الولاة لها ووكلاتها وأجور وكلائها ممن يحصدها ويدرسها وغير ذلك من نوائها لان
 مقصود الواقف استدامة الوقف وان تكون المنفعة واصلة الى الجهات المذكورة في
 كل وقت ولا يحصل ذلك الا برفع هذه المؤن من رأس الغلة وذلك وان كان يستحق بغير
 الشرط عندنا الا انه لا يؤمن جهل بعض القضاة فرما يذهب رأى القاضى الى قسمة جميع
 الغلة بناء على الظاهر واذا شرط ذلك يقع الامن بالشرط والمقصود بالكتاب التوثيق فينبغي

أن يكتب على أحوط الوجوه فيتحرز فيه من طعن كل طاعن وجهل كل جاهل * ومن ذلك قال وان مات القيم فيه في حياة الواقف فالامر فيه الى الموقف يقيم فيه من أحب ولا شك في جواز هذا الشرط على أصل أبي يوسف لانه يجوز اشتراط الواقف الرأي لنفسه في الاستدلال بالموقف في نصب القيم أولى وكذلك عند محمد رحمه الله لانه لا يجوز شرط الاستبدال بالموقف لما فيه من شرط إعادة العين الأولى الى ملكه وذلك لا يوجد هنا وقد بينا ان القيم نائب عن الواقف بمنزلة الوكيل له في نصيبه ليعمل للموقوف عليهم باعتبار أنه جعل منفعتهم كمنفعته فاشتراط رأيه في نصب قيم آخر بعد موت الاول يحقق المقصود بالموقف ولا يغيره قال (فان مات بعده فأوصي الى غيره فوصيه بمنزلته) لان الواقف نصبه ليكون ناظراً له محصلاً لمقصوده وقد يعجز عن ذلك بموته فيكون آذناً له في الاستعانة بغيره بعد موته كما أن للوصي أن يوصي الى غيره وهذا المعنى يخفى على بعض القضاة كما خفى على بعض العلماء فلم يجوزوا للوصي أن يوصي الى غيره فيشترط ذلك في الكتاب لتحرز عن هذا . قال (وان مات ولم يوص الى أحد فالرأى فيه الى القاضي) لانه نصب ناظراً لكل من عجز بنفسه عن النظر والواقف ميت ومصرف الغلة عاجز عن التصرف في الوقف لنفسه فالرأى في نصب القيم الى القاضي . قال (ولا يجعل القيم من الاجانب ما وجد من أهل بيت الموقف وولده من يصلح لذلك) لانه لو لم يذكر هذا الشرط كان للقاضي أن ينصب أجنبياً اذا رأى المصلحة في ذلك ومقصود الواقف أن يكون ذلك في أهل بيته وولده اما ليكون الوقف منسوباً اليه ظاهراً أو لان ولده أشفق على وقف أبيه من غيره ويذكر هذا في الكتاب ليتحرز القاضي عن خلاف شرطه . قال (وان لم يجد فيهم من يصلح له فجعله الى أجنبي ثم صار فيهم من يصلح لذلك صرفه اليه) لانه بدون الشرط لا يستحق على القاضي أن يفعل ذلك والانهاء لا يعتبر بالابتداء في بعض الاحكام الا ترى أن العدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع البقاء والاباق في المبيع كذلك فاذا ذكر هذا في كتابه وجب على القاضي مراعاة شرطه لقوله تعالى فانما ائمه على الذين يبدلونه وكونه في يد ولده اذا كان يصلح لذلك أنفع وان خاف أن يبطل بعض القضاة وقفه وتقضه فأحب الي أن يتحرز من ذلك * وفيه طريقتان (أحدهما) أن يكتب في صكه . وان أبطله قاض أو غيره بوجه من الوجوه فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من مال فلان تباع فيتصدق بثمنها على من سمينا في كتابنا وهذا لان القاضي انما يبطل عند

خصومة وارث أو غريم لا اتصال بالمنفعة اليه وذلك ينعدم بما يذكروه الموقف فلا يشتغل أحد
 بإبطاله والوصية تحتل التعليق بالشرط فلها في الاصل اثبات الخلافة بعد الموت والتعليق
 بالشرط يليق به (والوجه الثاني) ان الموقف بعد اتمام الوقف بالتسليم الى المتولى يخاصم فيه
 الى قاض يرى اجازته ويطلب منه ابطاله حتى يقضى القاضى باجازه فينفذ قضاؤه لانه قضى
 عن اجتهاد في مجلسه وليس لاحد بعد ذلك ابطاله فاما ان يكون اجازته في نسخة على حدة
 ويشهد الشهود على ذلك ويكتب ذلك في آخر صك الوقف. والذي جرى الرسم به الآن أنهم
 يكتبون اقرار الواقف بذلك والمقصود لا يحصل فإقراره لا يكون حجة في حق الذي يرى
 ابطاله وربما يكتبون وقد رفع هذا الى قاض من القضاة وهذا كذب ان لم يكن رفع الى أحد
 ولا رخصة في الكذب والمقصود لا يتم به أيضاً فربما يذهب اجتهاد قاض الى أن القضاء والاجارة
 من المجهول لا تعتبر فانما يتم المقصود بما ذكرناه. قال (ولا يجوز أن يوقف على تجهيز الرجل بالكرع
 والسلاح والنفقات في سبيل الله تعالى وبين ذلك في صك) وهذا لانه من باب القرية والطاعة
 فانه جهاد بالمال والجهاد سنام الدين وهذه جهة لا انقطاع لها ما بقيت الدنيا قال عليه الصلاة
 والسلام الجهاد ماض منذ بعثنى الله تعالى الى أن يقاتل آخر عصاة من أمتي الدجال فلهذا
 يجوز الوقف على هذه الجهة. قال (وان كان في الضيعة ممالك وأزواجه وأولادهم يعملون
 فيها فوقها بمن فيها منهم وسماهم جاز ذلك) لان المقصود وهو الغلة بعملهم يحصل والوقف
 فان كان يختص بالعقار فيجوز أن يثبت في المنقول تبعاً للعقار وعلى هذا آلات الحراثة اذا
 ذكرها في الوقف يثبت فيها حكم الوقف تبعاً وهو كالشرب والطريق يدخل في البيع
 تبعاً وان كان لا يجوز البيع فيه مقصوداً ثم في وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبي يوسف
 ومحمد رحمهما الله ذكره في السير الكبير والجواب الصحيح فيه ان ما جرى العرف بين الناس
 بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف وذلك كشياب الجنائز وما يحتاج اليه من
 القدور والأواني في غسل الميت والمصاحف والكرع والسلاح للجهاد فانه روى انه اجتمع
 في خلافة عمر رضي الله عنه ثلثمائة فرس مكتوب على اخذها جبيش في سبيل الله تعالى وهذا
 الاصل معروف أن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله فهو جائز وبهذا الطريق جوزنا
 الاستبضاع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله
 حسن. قال (واذا وقفها على أمهات أولاده في حال وقفه ومن يحدث منهن بعد ذلك وسمى

لكل واحدة منهن كل سنة شيئاً معلوماً في حياة فلان وبعد وفاته ما لم يتزوجن فهو جائز
 وعلى هذا أصل أبي يوسف ظاهر وقد بينا ان عنده لو شرط بعض الغلة لنفسه في حياته جاز
 فلامهات أولاده أولى وانما الاشكال على قول محمد رحمه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه
 واشتراطه لامهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه يجوز ذلك استحساناً
 للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته واشتراطه لهن كاشتراطه
 لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة وأصل الوقف
 اذا قال في حياتي وبعد مماتي مما يتعلق به الزوم وكذلك ان سمي في ذلك لمديره لانهم يعتقون
 بموته كالمهات الاولاد بخلاف العبيد والاماء على قول محمد . وأبو يوسف يجوز ذلك كله
 وانما يشترط ما لم يتزوجن لان مقصوده توفير المنفعة عليهن مادمن في بيته مشغولات بخدمة
 أولاده وذلك ينعدم بالتزوج . أو مقصوده من ذلك التحرز عن ضياعهن لجزهن عن
 التكسب ويختص ذلك بما قبل التزوج فمن تزوجت منهن تستحق النفقة على زوجها فلماذا قال ما لم
 يتزوجن . قال (فان جعل الرأي في توزيع الغلة على الفقراء أو القرابة في الزيادة والنقصان الى
 القيم جاز ذلك) لان رأى القيم قائم مقام رأيه وكان له في ذلك التفضيل عند الوقف رأياً فيجوز أن
 يشترط ذلك في القيم بعده وهذا لان المصارف تتفاوت في الحاجة باختلاف الاوقات والامكنة
 فمقصوده أن تكون الغلة مصروفة الى المحتاجين في كل وقت وانما يتحقق ذلك بالزيادة
 والنقصان بحسب حاجتهم والصرف الى البعض دون البعض اذا استغنى البعض عنه فلهذا يجوز
 له أن يجعل الرأي في ذلك الى القيم . وان كتب لامهات أولاده وجواريه الا ان جعل حراراً
 بعد موته كتاباً أنه تصدق عليهن في حياته وجعل لهن بعد وفاته سكنى منازل وسماهن وبين
 حدودها ومواضعها تسكن كل امرأة منهن من ذلك بقدر ما يكفيها ما عاشت وأى امرأة منهن
 تزوجت أو خرجت منتقلة الى غير هذه المنازل فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من
 بقيت منهن فذلك جائز اعتباراً للسكنى بالغلة فان الغلة تدل على المنفعة واذا صح منه هذا الشرط
 لهن في الغلة فكذلك في المنفعة وهذا لان مقصوده اتصال حاجتهن اليهن لكيلا يضعن
 بعده وربما تكون حاجتهن الى السكنى دون الغلة وقد أعطاهن في حياته من المال ما يكفيهن وانما
 وضع هذه المسائل في أمهات الاولاد لأن الحكم في الزوجات الحرائر بخلافه لان الزوجات
 يرجعن الى قرابتهن ولا قرابة لامهات الاولاد في دار الاسلام فلهذا ذكر المسائل فيهن . قال

وان لم يحتج من بقي منهم كان ذلك ميراثا على فرائض الله تعالى) ولكن هذا الشرط يجوز عند أبي يوسف رحمه الله في الحياة والموت لما بينا أنه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأييد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأييد شرط للزوم الوقف في الحياة فاشتراط العود الى الورثة لعدم هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا أن يجعل ذلك وصية من ثلثه بعد موته فينثذ يجوز ذلك بمنزلة الوصية لمعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فان ذلك جائز من ثلثه ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له فكذلك في حق أمهات الاولاد اذا ساهن وان كتب انه جعل لمن في حياته وأوصى لمن من بعد وفاته لكل واحد منهم بخدمها ومتاعها وحليها وثيابها وجوهرها وسمي ما جعل لكل واحدة منهم من ذلك وبين قيمته ووزنه وأنه قد جعل لها في حياته وصحته ذلك ودفعه اليها وأوصى لها بعد وفاته فانه تجوز الوصية من الثلث ولا تجوز في الحياة عندهم جميعاً وأما عند محمد رحمه الله لا يشكل وعند أبي يوسف رحمه الله لانه يملكهن الاعيان هنا والمملوكة ليست من أهل التملك فلا يصح التملك منهن الا باعتبار حريةهن وذلك بعد وفاته فعرفنا أنه تملك مضاف الى ما بعد الموت فيكون وصية من الثلث وفيما سبق لا يملك بالوقف احد شيئاً ولكن يخرج العين عن ملكه فيجعله موقوفاً عليهن لحاجتهن الى السكنى وذلك يتم منه في الحال فاذا كان صحيحاً حين أخرج الوقف من ملكه تم ذلك معتبراً من جميع ماله ومحمد رحمه الله هكذا يقول فيما لا يعود اليه والى ورثته بعد ذلك بحال بأن جعل آخر وقفه على جهة لا تنقطع فان كان بحيث يعود اليه والى ورثته بعد وفاته لا يتم زواله عن ملكه فانما يبقى تملكه منهن وذلك لا يجوز في حياته وانما يجوز بعد وفاته فيكون بمنزلة الوصية بالسكنى تعتبر بالثلث من ماله والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

كتاب الهبة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء : اعلم بأن الهبة عقد جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بالتحية السلام والاول أظهر فان قوله أو ردوها يتناول ردوها بعينها وانما يتحقق

ذلك في العطية وقال الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً واباحة
الكل بطريق الهبة دليل جواز الهبة . والسنة حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته مالم يثبت منها ولأنه من باب الإحسان واكتساب
سبب التوددين الإخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الإيمان واليه أشار رسول الله صلى
الله عليه وسلم بقوله تهادوا تحابوا * ثم الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال
مالك رحمه الله تعالى يثبت لأنه عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به علي القبض كعقد
البيع بل أولى لأن هناك الحاجة الى اثبات الملك من الجانبين وهنا من جانب واحد فإذا
كان مجرد القول يوجب الملك من الجانبين فمن جانب واحد أولى . وحجتنا في ذلك ما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة معناه لا يثبت الحكم وهو الملك اذ
الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على هذا فقد ذكر
أقوالهم في الكتاب ولأن هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية وتأثيره
ان عقد التبرع ضعيف في نفسه ولهذا لا يتعلق به صفة الزوم والملك الثابت للواهب كن
قويًا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو موته في الوصية لكون
الموت منافعاً للملك وتسليمه في الهبة لازالة يده عنه بعد إيجاب عقد التمليك لغيره . يوضحه
أن له في ماله ملك العين وملك اليد فتبرعه بازالة ملك العين بالهبة لا يوجب استحقاق مالم
يتبرع به عليه وهو اليد ولو أثبتنا الملك للموهوب له قبل التسليم وجب علي الواهب تسليمه
اليه وذلك يخالف موضوع التبرع بخلاف المعاوضات . والصدقة كالهبة عندنا في أنه لا يوجب
الملك للمتصدق عليه الا بالقبض خلافاً للمالك رحمه الله . وفي الصدقة خلاف بين الصحابة ومن
بعدهم رضي الله تعالى عنهم وكان علي وابن مسعود رضي الله عنهما يقولان اذا أعلت الصدقة
جازت وكان ابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم يقولان لا تجوز الصدقة الا مقبوضة وعن
شريح وابراهيم النخعي رحمهما الله تعالى فيه روايتان ذكرهما في الكتاب فأخذنا بحديث ابن
عباس رضي الله عنهما وحملنا قول علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما علي صدقة الرجل
علي ولده الصغير وذلك بالاعلام يتم لانه يصير قابضاً له والاصل فيه قوله عليه الصلاة
والسلام يقول ابن آدم مالي مالي وهل لك من مالك الا ما أكلت فأفنت أو لبست فأبليت
أو تصدقت فأمضيت وما سوى ذلك فهو مال الوارث . فقد شرط النبي عليه الصلاة والسلام

الامضاء في الصدقة وذلك بالقبض يكون وقد بينا هذا في كتاب الوقف ثم الهبة والصدقة قد تكون من الاجانب وقد تكون من القربان وذلك أفضل لما فيه من صلة الرحم واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم فقال أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاسح ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم عن عمر رضى الله عنه قال من وهب لذى رحم محرم هبة فقبضها فليس له أن يرجع فيها . وذكر بعد هذا عن عطاء ومجاهد عن عمر رضى الله عنه قال من وهب هبة لذى رحم محرم فقبضها فليس له أن يرجع فيها ومن وهب هبة لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها ما لم يثب منها . والمراد بقوله ذى رحم محرم قد ذكر ذلك في بعض الروايات وهذا لانه يفترض صلة القرابة المتأبدة بالحرمة دون القرابة المتحرزة عن الحرمة وهو كما يتلى في القرآن في قوله سبحانه وتعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الارحام أن تقطعوها وقال الله تعالى وتقطعوا أرحامكم أولئك الذين لعنهم فأصمهم وأعمى أبصارهم والمراد الرحم المتأبدة بالحرمة ثم ان الحديث دليل أن الهبة لا تتم الا بالقبض لانه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع وهو دليل لنا أن الوالد اذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد اذا وهب لوالده وهذا لان المنع من الرجوع لحصول المقصود وهو صلة الرحم أو لما في الرجوع والخصومة فيه من قطيعة الرحم والولاد في ذلك أقوى من القرابة المتأبدة بالحرمة . وفيه دليل على أن من وهب لاجنبي هبة فله أن يرجع فيها ما لم يعوض منها لقوله عليه الصلاة والسلام ما لم يثب والمراد بالثواب العوض فعمر رضى الله عنه إمامنا في المسئلتين يحتاج بقوله رضى الله عنه على الخصم وقد قال عليه الصلاة والسلام إنما دار الحق فعمر معه وان ملكا ينطق على لسان عمر (وعن) عائشة رضى الله عنها قالت نكحني أبو بكر رضى الله عنه جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما حضره الموت حمد الله تعالى واثني عليه ثم قال يا بنية ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت وانى كنت نكحتك جذاذ عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة وانما هما اخوالك واختاك قالت فقلت فانما هى أم عبد الله يعنى اسماء قال انه ألقى في نفسى أن في بطن بنت خارجة جارية . ثم ذكر عن الشعبي عن عائشة رضى الله عنها ان ابا بكر رضى الله عنه نكحها أرضا له . وفي هذا دليل ان الهبة لا تتم الا بالقبض وانه يستوى في ذلك الاجنبي والولد اذا كانا بالغين . وفيه دليل على أن الهبة لا تتم الا بالقسمة فيما يحتمل القسمة لان أبا بكر رضى الله عنه أبطل لعدم القبض

والحيازة جميعاً بقوله وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه والمراد بالحيازة القسمة لانه يقال حاز كذا أى جعله في حيزه بقبضه وحاز كذا أى جعله في حيزه بالقسمة ولو حملناه على القبض هنا كان تكراراً وحمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة جديدة أولى من حمله على التكرار وفيه دليل أن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون باطلة لان أبا بكر رضى الله عنه باشرها ولكن لا يحصل الملك الا بعد القسمة كما لا يحصل الملك الا بعد القبض ولا نقول الهبة قبل القبض باطلة . وفيه دليل ان التسليم كالتملك المبتدأ لان أبا بكر رضى الله عنه امتنع من ذلك لمرضه فان المريض ممنوع من ايثار بعض ورثته بشئ من ماله بطريق التبرع ولكن طيب قلبها بما قال انتدبا الى ما ندب اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله رحم الله امرأ أعان ولده على بره . بدأ كلامه بالحمد والثناء على الله تعالى وكل مسلم مندوب الى ذلك خصوصاً في وصيته . ثم يستدل بقوله ان أحب الناس الى غنى أنت وأعزهم على فقر أنت أى أشدهم من تفضيل الغنى الشاكر على الفقير الصابر ولا شك أن أبا بكر رضى الله عنه كان يحب لها أعلى الدرجات ولكن المذهب عندنا أن الافضل ما اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرنى في زمرة المساكين وقال صلوات الله وسلامه عليه الفقراء زين بالمؤمن من العذار الجيد على خد الفرس . وكذلك أبو بكر رضى الله عنه اختار الفقر لنفسه حين أنفق جميع ماله على رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرفنا أنه إنما قال ذلك تطيباً لقلبها أو أحب الغنى لها لعجزها عن الكسب أو ظن انه يشق عليها الصبر على الفقر فلهذا قال أحب الناس الى غنى أنت وانى كنت نحلكت جذاذ عشرين وسقاً من مالى بالعالية وذلك اسم موضع وقد كان وهب لها قدر عشرين وسقاً من ماله في ذلك الموضع قال وانما هو مال الورثة . وفيه دليل على أن حق الوارث يتعلق بمال المريض مرض الموت وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام وما سوى ذلك فهو مال الوارث أو قال ذلك باعتبار أن ماله الى ذلك كقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون . وانما هما أخواك واختاك وانما ذكر ذلك لتطيب قلبها انه كان لا يسلم لك فلا يبعد عنك فأشكل على عائشة رضى الله عنها قوله واختاك لانها ما عرفت لها الا اختاً واحدة وهى أم عبد الله . فقال أبو بكر رضى الله عنه أنه ألقى في نفسى أن فى بطن بنت خارجه جارية يعنى أم حبيب امرأته وكانت حاملاً . وفيه دليل أن الحمل من جملة الورثة وانه لا بأس للانسان أن يتكلم بمثل هذا بطريق الفراسة فان أبا بكر

رضي الله عنه قال ذلك بفراسته ولم يكن ذلك منه رجماً بالغيب فان ما في الرحم لا يعلم حقيقته
 الا الله تعالى كما قال الله تعالى ويعلم ما في الارحام * ولهذا قيل أفرس الناس أبو بكر رضي
 الله عنه حيث تفرس في جبل امرته أنها جارية فكان كما تفرس وتفرس في عمر رضي الله عنه
 حين استخلفه بعده (وعن) عمر وعثمان رضي الله عنهما قالا اذا وهب الرجل لابنه الصغير
 هبة فأعلمها فهو جائز وبه نأخذ فان حق القبض فيما يوهب لهذا الصغير الى الاب لو كان
 الواهب اجنبياً فكذلك اذا كان الواهب يصير قابضاً له من نفسه فتم الهبة بالقبض ولا بد
 من الاعلام ليحصل المقصود به فالولد لا يتمكن من المطالبة به ما لم يكن معلوماً له وهو معنى
 ما روى شريح انه سئل ما يجوز للصبي من نحل ابيه قال المشهود عليه والمراد الاعلام
 فالاشهاد في الهبة ليس بشرط للاتمام وانما ذكر ذلك للتوثق حتى يتمكن الولد من اثبات ملكه
 بالحجة بعد موته على سائر الورثة (وعن) ابراهيم قال الرجل والمرأة بمنزلة ذى الرحم المحرم اذا
 وهب احدهما لصاحبه هبة لم يكن له ان يرجع فيها وبه نأخذ فان ما بينهما من الزوجية نظير
 القرابة القريبة ولهذا يتعلق بها التوارث من الجانبين بغير حجب ويمتنع قبول شهادة كل واحد
 منهما لصاحبه وهذا لان المقصود حصل بالهبة وهو تحقيق ما بينهما من معنى السكن والازدواج
 وفي الرجوع ايقاع العداوة فيما بينهما والنفرة والزوجية بمعنى اللفة والمودة فلا يجوز لاحدهما
 الاقدام على ما يضاذه وهذا كان مانعاً من الرجوع فيما بين القرابات (وقال) في الرجل يهب
 لامرأته أو لبعض ولده وقد أدرك وهو في عياله ان ذلك جائز اذا أعلمه وان لم يقبض ذلك
 الموهوب له. وبه يأخذ ابن أبي ليلى فيقول اذا كان الموهوب له في عياله فيده في قبض
 الهبة كيده كما في الصغار. ولسنا نأخذ بذلك لانه لا بد من نوع ولاية له ليكمل قبضه
 بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وان كان يعولهم ألا ترى أن الغني
 يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك الا بالاعلام ما لم يسلمه
 اليه (وعن) عطاء بن السائب عن شريح رحمهما الله انه سأله عن الحبيس فقال انما أقضي
 ولست أفتي فأعدت عليه المسئلة فقال لا حبيس عن فرائض الله تعالى. وبه يأخذ من يقول
 لا ينبغي للقاضي ان يفتي وهذا فصل تكلم فيه العلماء رحمهم الله. فمنهم من يقول في
 العبادات لا بأس بأن يفتي وفي المعاملات لا يفتي لكيلا يوقف الخصم على مذهبه فيشتغلوا
 بالحيل على مذهبه. ومنهم من يقول لا يفتي في مجلس القضاء وله أن يفتي في غير مجلس القضاء

لانه لو اشتغل بها في مجلس القضاء وكل واحد منهما أمر عظيم فربما يتمكن الخلل في أحدهما وهو متعين للقضاء فيشتغل بما تعين له ويُدع الفتوى لغيره . والاصح عندنا انه لا بأس له أن يفتي اذا كان أهلاً لذلك وقد كان الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم يقضون بين الناس ويفتون . والقضاء في الحقيقة فتوى الا أنه فتوى فيه الزام ولهذا كان القاضي في الصدر الاول يسمى مفتياً ألا ترى ان شريحاً أفتى لما أعاد السؤال بقوله لا حيبس عن فرائض الله تعالى فهو دليل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في أن الوقف لا يتعلق به الزوم وقد روى هذا عن ابن مسعود رضي الله عنه يئناه في الوقف (وعن) ابن عباس وشريح رضي الله عنهما قالوا جاء محمد عليه الصلاة والسلام يبيع الحبيس وهكذا عن الشعبي . وفيه بيان أنه كان معروفاً فيما بينهم أن الوقف لا يتعلق به الزوم (وعن) عمر رضي الله عنه قال ما بال أحدكم يتصدق على ولده بصدقة لا يحوزها ولا يقسمها يقول ان أنامت كانت له وان مات هو رجعت الى وليم الله لا يتصدق منكم رجل على ولده بصدقة لم يحوزها ولم يقسمها ثم مات الا صارت ميراثاً لورثته وهكذا نقل عن عثمان رضي الله عنه . وفيه دليل أن الصدقة لا تتم الا بالقبض والقسمة لان المراد بالحيازة المذكورة في هذا الحديث القبض فانها قرنت بالقسمة فلو حملنا الحيازة على القسمة كانت تكراراً ولو حملناها على القبض كنا قد استفدنا بكل لفظ فائدة جديدة . وفيه دليل انه اذا مات بعد ما تصدق على ولده قبل أن يسلمها اليه فهو ميراث للورثة وتأويله اذا كان الولد بالغاً فهو حجة على ابن أبي ليلى لانه لم يفصل بين ان يكون في عيال الأب أولاً ولا يكون ولو كان المراد الولد الصغير فاذا لم يقسمها لم يثبت الملك للولد فكان ميراثاً عن الاب بعد موته (وعن) علي رضي الله عنه قال اذا وهبت المرأة لزوجها هبة فان شاءت رجعت فيها اذا هي ادعت انه استكرهها وان وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وانما مراده أن الدعوى من المرأة أنها كانت مكرهة مسموع ومن الزوج لا لا اعتبار الظاهر فالظاهر ان الزوج يتمكن من اكراه زوجته والمرأة لا تتمكن من اكراه زوجها والظاهر ان المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الاكراه من الضرب والحبس والزوج لا يخاف ذلك من جهة امرأته . وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لان شرط صحة الهبة تمام الرضا والاكراه بعدم الرضا . قال (ومن وهب هبة مقسومة لذي رحم محرم وسلمها اليه فليس له أن يرجع فيها وان وهبها لاجنبي أو لذي

رحم ليس بمحرم فله أن يرجع فيها) وهما فصلان (أحدهما) اذا وهب لاجنبي شيئاً فله أن يرجع
 في الهبة عندنا ما لم يعوض منها في الحكم وان كان لا يستحب له ذلك بطريق الديانة وعند الشافعي
 ليس له أن يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب
 لولده وفي رواية قال لا يحل . فقد نفى الرجوع أو حرم ولا يجوز الاقدام على ارتكاب الحرام
 شرعاً وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وفي رواية كالكلب يقيء ثم يعود
 في قبته والعود في القيء حرام فكذلك الرجوع في الهبة والمعنى فيه ان الهبة عقد تملك فطلقه
 لا يقتضي الرجوع فيه كالبيع وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد لا ينقصد
 موجبا ما يضاد المقصود به وانما ثبت حق الرجوع قبل تمامه كما فيما بين الوالد والولد باعتبار
 أن الولد كسبه على ما بينه أو أنه بعضه فلا يتم اخراجه عن ملكه لما جعلها محرزة وهذا
 لا يوجد فيما بين الاجانب وهو معنى قولهم ليس بين الواهب والموهوب له حزونة فلا
 يرجع أحدهما فيما يهب لصاحبه كالاخوين . وحجتنا في ذلك حديث علي رضي الله عنه موقوفا
 عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها
 والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب
 على معنى أنها كانت له كالرجل يقول أكلنا خبز فلان انقباز وان كان قد اشتراه منه ولانه
 مد هذا الحق الى وصول العوض اليه وذلك في حق الرجوع بعد التسليم وفي قوله تعالى
 فخيروا بأحسن منها أو ردوها ما يدل على ذلك وقد بينا أن المراد بالتحية العطية قال القائل
 * تحيتهم بيض الولائد بينهم * يريد عطاياهم وفي حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه
 الصلاة والسلام من وهب هبة ثم أراد أن يرجع فيها فليوقف وليعرف قبض فعله وفي رواية
 حسن فعله فان أبي يرد عليه والمراد حسن فعله في الهبة وقبض فعله في الرجوع (وعن) فضالة بن
 عبيد أن رجلين اختصما اليه فقال أحدهما اني وهبت لهذا بازيلا يثبني ولم يثبني فأنا أرجع فيه فقال
 فضالة لا يرجع في الهبة الا النساء والشرار من الناس اردد (وعن) أبي الدرداء رضي الله عنه
 قال الواهبون ثلاثة رجل وهب علي وجه الصدقة فليس له أن يرجع فيها ورجل استوهب
 فوهب فله أن يرجع فيها ما لم يعوض ورجل وهب بشرط العوض ففي دين له في حياته
 وبعد موته والمعنى فيه أنه يمكن الخلل في المقصود بالعقد فيتمكن العاقد من الفسخ كالمشتري
 اذا وجد بالمبيع عيباً . وبيان ذلك أن المقصود من الهبة للاجانب العوض والمكافأة والمرجع

في ذلك الى العرف والعادة الظاهرة أن الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله لو قد ثقيف لما أتوه بشيء أصدقة أم هبة فالصدقة يبتني بها وجه الله تعالى والهبة يبتني فيها وجه الرسول صلى الله عليه وسلم وقضاء الحاجة ومنه يقال للأيادي قروض وقال القائل
 وإذا جوزيت قرضاً فاجزه * إنما يجزى الفتى ليس الحمل

وبهذا يتبين أن حق الرجوع ليس بمقتضى العقد عندنا بل تمكن الخلل في المقصود بالعقد على معنى أن المعروف كالمشروط ولا يقال إنما يقصد العوض بالتجارات فأما المقصود بالهبة اظهار الجود والسخاء والتودد والتحبب وقد حصل ذلك وهذا لان العوض في التجارات مشروط وفي التبرعات مقصود ومعنى اظهار الجود ايضاً مقصود فانما يمكن الخلل في بعض المقصود وذلك يكفي للفسخ مع أن اظهار الجود مقصود كريم الخلق ولهذا يقول الرافع في الهبة لا يكون كريم الخلق فاما مقصود طيبة النفس العوض ومعنى التودد إنما يحصل بالعوض كما قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا فان التفاعل يقتضى وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة فأما الحديث فالمراد به ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضا الا الوالد اذا احتاج الى ذلك فينفرد بالاخذ لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وان لم يكن رجوعاً في الحكم كما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمل على فرس سبيل الله ثم رأى ذلك الفرس يباع فأراد أن يشتريه فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لا تعد في صدقتك والشراء لا يكون رجوعاً في الصدقة حكماً والمراد لا يحل الرجوع بطريق الديانة والمروءة وهو كقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شعبان وجاره الى جنبه طواي لا يليق ذلك بالديانة والمروءة وان كان جائزاً في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب والمراد بالحديث الآخر التنبيه في معنى الاستقباح والاستقذار ألا ترى أنه شبه بعود الكلب في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه تقول وانه يستقبح وقد بينا الفرق بين هذا وبين الاخوين والزوجين لحصول ما هو المقصود هناك وتمكن الخلل فيما هو المقصود هنا ولهذا يحتاج الى القضاء أو الرضا في الرجوع لانه بمنزلة الرد بالعيب بعد القبض من حيث ان السبب تمكن الخلل في المقصود فلا يتم الا بقضاء او رضا والله سبحانه وتعالى أعلم (والفصل الثاني) اذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه

عندنا وقال الشافعي له ذلك لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد فيما يهب لولده والاستثناء من النفي اثبات ومن التحريم اباحة * وفي حديث نعمان بن بشير رضى الله عنه قال نحلى أبى غلاما وانا ابن سبع سنين فأبت أمى الا أن يشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فحملنى أبى على عاتقه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال صلوات الله وسلامه عليه ألك ولد سواء فقال نعم فقال عليه الصلاة والسلام أو كل ولدك نحلته مثل هذا فقال لا فقال عليه الصلاة والسلام هذا جور وانا لا نشهد على جور اردد . فقد امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالرجوع فيه واقل احوال الامر أن يفيد الاباحة ولانه جاد بكسبه على كسبه فيتمكن من الرجوع فيه كما لو وهب لعبده . ومعنى هذا أن الولد كسبه . قيل فى معنى قوله تعالى ما أغنى عنه ماله وما كسب وما ولد وقال عليه الصلاة والسلام وان ولده من كسبه . وتأثيره ما بينا أنه لا يتميز عن ملكه اذا كان الموهوب له كسبا له كالموهوب به واذا كان الموهوب له جزءاً منه فلا يشكك أنه لا يتم خروجه عن ملكه ولا يبعد أن يختص الوالد بما لا يشاركه الولد فيه كالتملك بالاستيلاء فانه يثبت للأب في جارية ابنة ولا يثبت للابن في جارية أبيه . وحجتنا ماروينا من حديث عمر رضى الله عنه فهو الامام لنا فى المسئلتين ولان الهبة قد تمت لذى الرحم المحرم ملكا وعقدا فلا يملك الرجوع فيه كالابن اذا وهب لابييه أو الاخ لاخيه وهذا لان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم ولان فى الرجوع معنى قطيعة الرحم وهذا موجود فى حق الوالد مع ولده لانه بالرجوع يحمله على العقوق وانما أمر الوالد أن يحمل ولده على بره . ولا يقال مقصود الوالد أن يخدمه الولد ولما رجع فالظاهر انه لم ينل ذلك لان شفقة الابوة تمنعه من الرجوع بعد حصول المقصود وهذا لان هذا المعنى خفى لا ينبى الحكم عليه وهو موجود فى الولد اذا وهب لوالده فالظاهر أنه قصد أن يخصه باكرام وانما يرجع لانه لم ينل ذلك ولا معتبر بما ذكر من الكسب فانه لو وهب لـ كاتبه أو لمعتقه لا يرجع فيه وهو كسبه أيضاً وهذا لان الولد كسبه لاملكه بخلاف عبده . فأما الحديث فقد قيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام الا الوالد ولا الوالد فان كلمة الا تذكر بمعنى ولا قال الله تعالى الا الذين ظلموا منهم أي ولا الذين ظلموا منهم وقوله تعالى وما كان مؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ أي ولا خطأ . أو المراد الا الوالد فانه ينفرد باخذه عند حاجته على ما قررنا وحديث النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنه قيل

قوله وانا ابن سبع سنين وقوله فحملني أبي علي عاتقه لم ينقل في شيء من المشاهير فيحتمل انه كان بالغاً ولم يسلمه اليه . وعندنا في مثله له أن يرجع ويحتمل انه كان صغيراً ولكن كان فوض ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليهبه له ان رآه صواباً . ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام اردد أي أمسك مالك وارجع الى رحلك . وقيل كان هذا منه بطريق الوصية بعد موته ألا ترى أنه اعتبر التسوية بين الاولاد وانما تجب التسوية في الوصية بعد الموت فأما في الهبة في الصحة فلا ألا ترى أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه خص عائشة بالهبة لها في صحته كما روينا والدليل عليه أن النعمان بن بشير رضى الله عنه قال فرجع أبي في وصيته * وفي هذا التأويل كلام فالمنهـب انه ينبغي للوالد ان يسوي بين الاولاد في العطية عند محمد رحمه الله على سبيل الارث للذكر مثل حظ الانثيين وعند أبي يوسف رحمه الله يسوي بين الذكر والانات قال عليه الصلاة والسلام ساووا بين اولادكم حتي في القتل ولو كنت مفضلاً أحداً لفضلت الاناث والاعتماد على التأويل الاول * وذو الرحم الذي ليس بمحرم كالاجني في حق الهبة لان ما بينهما من القرابة لا يفترض وصلها ولهذا لا يتعلق بها استحقاق العتيق وحرمة النكاح وكذلك المحرم الذي ليس برحم لانه لا تأثير للرضاع والمصاهرة في استحقاق الصلة فكانت الهبة بينهما المقصود العوض فاذا لم ينل كان له أن يرجع فيها ان كانت قائمة لم يزد خيراً * والموانع من الرجوع في الهبة إما أخذ العوض لان المقصود به قد تم وفي قوله ما لم يثب منها دليل على انه لا رجوع بعد نيل العوض وأن يزداد الموهوب في ندمه خيراً فان حق الرجوع فيما تناوله الهبة وتلك الزيادة لم تتناولها الهبة ولا يتأني الرجوع في الاصل بدون الزيادة المتصلة وهذا بخلاف ما لو زاد في سعره لان ذلك ليس بزيادة في العين فانه عبارة عن كثرة رغبات الناس فيه فأما العين علي حاله كما كان . ومنها أن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له لان تبدل الملك كتبدل العين ولان حق الرجوع في الملك المستفاد في الهبة على معنى أن بالرجوع ينتهي ذلك الملك فلا يمكن اثباته في ملك آخر . ومنها ان يموت الواهب فليس لوارثه أن يرجع فيه لان التمليك بعقد الهبة لم يكن منه فلا يخلف مورثه فيما لم يكن على ملكه عند موته . ومنها ان يموت الموهوب له فان الملك ينتقل من الموهوب الى وارثه ولو انتقل الملك في حياته الى غيره لم يرجع الواهب فيه وكذلك بعد موته . قال (فان مات أحدهما إما الواهب أو الموهوب له قبل التسليم بطلت الهبة لان تمام الهبة بالقبض

وكان القبض في الهبة كالقبول في البيع من حيث ان الملك يثبت به فكما أن موت أحدهما بعد الإيجاب قبل القبول يبطل البيع فكذلك الهبة . قال (وان كان الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له بأذن الواهب ملكه وان قبضه بغير أذنه في القياس لا يملكه وفي الاستحسان يملكه نص على ذلك في الزيادات) . وجه القياس أن العين باقية على ملك الواهب وليس لأحد أن يقبض ملك غيره بغير أذنه فكان متعدداً في القبض لا متملكاً ولأن إيجاب العقد لا يكون أذناً في القبض كالبيع فإن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن لم يكن هذا قبضاً بأذن وان كان المبيع حاضراً حتى لا يسقط حق البائع في المجلس بل أولى فإن هناك قد ملكه المشتري بالعقد فأنما يقبض ملك نفسه وهنا الموهوب له لم يملك بالعقد . ووجه الاستحسان أن القبض في الهبة كالقبول في البيع ثم إيجاب البيع يكون أذناً في القبول فكذلك إيجاب الهبة يكون أذناً في القبض لأن مقصود الموجب أتمام تبرعه وذلك يكون بالقبض فكان في القبض تحصيل مقصوده فلماذا جعلناه مسلطاً للموهوب له على ذلك اذا كان الموهوب حاضراً بخلاف البيع والقبض هناك لا سقاط حقه في المجلس ولم يكن ذلك مقصوده بالبيع وإنما كان مقصوده أن يسلم العوض له فلماذا لا يجعله بإيجاب البيع راضياً بسقوط حقه في المجلس ولو لم يكن الموهوب حاضراً في المجلس فقبضه الموهوب له بعد ما افتراق بغير إذن الواهب لا يملكه وان قبضه بأذن الواهب فقياس الاستحسان الأول أن لا يملكه أيضاً لأن القبض هنا بمنزلة القبول في البيع والقبول بعد الافتراق لا يوجب الملك بأذن الموجب كان أو بغير أذنه فكذلك القبض هنا وفي الاستحسان يملكه لأن العقد انعقد لوجود الإيجاب والقبول والقبض محتاج إلى ذلك ليتقوى به السبب فيكون موجباً للملك وذلك حاصل بعد الافتراق وأذنه محتاج في القبض إلى إذن المالك صريحاً أو دلالة فاذا كان الموهوب غائباً لم يثبت الإذن بقبضه دلالة فلا بد من التصريح بذلك فاذا قبضه بأذنه ملكه . والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما نحر هداياه قال من شاء ان يقطع فليقطع وانصرف فكان إذناً بالقبض لمجهول يملكه بالقبض فلا أن يصح ذلك للمعلوم كان أولى وله أن يرجع قبل أن يقبضه الموهوب له سواء كان حاضراً أو غائباً أذن له في قبضه أو لم يأذن له ومراده التفرد بالرجوع فإن الملك لم يحصل للموهوب له فكان الرجوع مستديماً للملكه والمالك يتفرد باستدامة ملكه فأما بعد القبض لا يرجع في الهبة الا بقضاء أو رضاً بمنزلة الأخذ بالشفعة

لان الرجوع يعيد الى نفسه ملكا هو لغيره فلا ينفرد به من غير قضاء ولا رضا لانه ان
 كان هو يطلب لحقه فالموهوب له يمنع تملكه فكان الفصل بينهما الى القاضي كافي الاخذ
 بالشفعة والفرقة بين العنين وامراته . قال (واذا أودع الرجل الرجل شيئا ثم لقيه فوهبه له
 وليس الشيء بمحضرتها فالحبة جائزة اذا قال الموهوب له قبلت ولا يحتاج فيه الى قبض
 جديد) لان الشيء في يد الموهوب له واليد مستدامة فاستدامتها كانشائها بعد قبول الهبة
 وهذا لان القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان فيد الامانة تنوب عنه بخلاف الشراء
 فان المودع اذا اشترى الوديعة من المودع وهي ليست بمحاضرة لا يصير قابضا بنفس الشراء
 فان القبض بحكم الشراء قبض ضمان وقبض الامانة دون قبض الضمان والضعيف لا ينوب
 عن القوي . وكذلك هذا في العارية والاجارة لان قبض المستعير والمستأجر قبض امانة
 كقبض المودع أو أقوى منه . قال (والنحل والعمرى والعطية بمنزلة الهبة فيما ذكرنا) لان
 هذه عبارات عن شيء واحد وهو التملك بطريق الهبة وانما يعتبر المقصود لا العبارة عنه
 ألا ترى أن لفظ الفارسية والعربية فيه سواء والأصل فيه ماروي أن النبي صلى الله عليه
 وسلم اجاز العمرى وأبطل الشرط يعني شرط العود اليه بعد موت الموهوب له أما الصدقة
 اذا تمت بالقبض فليس له أن يرجع فيها سواء كانت لقوابته أولا جني لان المطلوب بالصدقة
 نيل الثواب وقد حصل ذلك ولا رجوع بعد حصول المقصود بتمامه ولان المتصدق يجعل
 ذلك المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير فيكون كفاية له من الله تعالى ولهذا لم يكن للمعطي
 فيه منة على القابض وانما له حق الرجوع في ملك ذلك المال المتملك من جهته وقد انعدم
 ذلك في الصدقة فهذا لا يرجع فيها ويستوى في الهبة حكم الرجوع ان كان الموهوب له مسلما
 أو كافرا لان المقصود لا يختلف بذلك فانه ان كان اجنبيا فالمقصود العوض وان كان قريبا له
 فالمقصود صلة الرحم وفي هذا المسلم والكافر سواء . قال (واذا وهب عبد اخيه ولا جني
 وقبضاه فله أن يرجع في نصيب الاجنبي اعتبارا للبعض بالكل) وهذا لان في نصيب الاجنبي
 مقصوده العوض ولم ينل ذلك . قال (وان وهب لاهيه هبة وهو عبد فقبضها فله أن يرجع
 فيها) لان الملك بالهبة وقع للمولى والعبد ليس من أهل الملك والمولى اجنبي فعرفنا ان
 مقصوده العوض والمكافاة ولم ينل ذلك ولانه انما يخاصم في الرجوع المولى باعتبار أن
 الملك واليد له فلا يتمكن بينهما قطيعة رحم اذا كان المولى اجنبيا . قال (وان وهب لعبد أخيه

هبة فله أن يرجع فيها في قول أبي حنيفة) وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ليس له أن يرجع فيها. وجه قولهما أن الملك بحكم الهبة وقع لدى الرحم المحرم فلا رجوع فيها كما لو كان وهب للمولى وهذا لأنه وإن أضاف العقد إلى العبد فالمقصود المولى وهو قريبه فعرفنا أن مقصوده صلة الرحم ألا ترى أنه لو أوصى لعبد وارثه أو لعبد قاتله كان ذلك كالوصية لمولاه حتى لا يصح ولأنه في الرجوع يخاصم المالك وهو قريب له وفي مخاصمته في الرجوع فيها قطيعة الرحم وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول الصلة ماتمت لدى الرحم المحرم عقداً وملكا فيكون له أن يرجع فيها كما لو كان وهب لآخيه وهو عبد لغيره وهذا لأن الرجوع باعتبار العقد والمالك حتى إذا كان العقد معاوضة فليس فيه حق الرجوع وبعد زوال الملك لا رجوع والعقد هنا للعبد ألا ترى أن القبول والرد يعتبر منه دون المولى وإن المعتبر منه دين العبد حتى إذا كان الموهوب خمرًا صحّت الهبة إذا كان العبد كافراً وإن كان مولاه مسلماً. والمالك بحكم الهبة يقع للعبد على أحد الطريقين لأن الحكم إنما يثبت لمن باشر سببه ولهذا يقدم فيه حاجة العبد حتى يقضي منه ديونه ثم ينتقل إلى المولى عند استغناء العبد عنه لأنه مالك لرقبته فيخلفه في كسبه خلافة الوارث المورث. وعلى الطريق الآخر الملك يقع للمولى ولكن بطريق الخلافة عن العبد لأنه ليس بأهل للملك فيخلف القاتل في ذلك مولاه وهو نظير الطريقين في الوكيل بالشراء * إذا ثبت هذا فنقول لما وقع العقد للعبد وهو أجنبي فلا ينفك هذا العقد عن مقصود العوض فيثبت حق الرجوع فيه إذا لم يعوض * فإن قيل * فإذا وقع الملك للعبد ثم انتقل منه إلى المولى ينبغي أن لا يثبت حق الرجوع فيه * قلنا * هذا إن لو كان الثابت له ملكاً مستقراً وهو ليس من أهل ذلك وعند العقد هذا الانتقال كان معلوماً فلا يكون مانعاً من الرجوع * فإن قيل * كيف يقصد بالهبة من العبد العوض وهو ليس من أهل العوض فينبغي أن لا يثبت الرجوع في الهبة من العبد أصلاً لعلنا أنه لم يقصد العوض به كما لا يرجع في الهبة من الفقير * قلنا * العبد من أهل أن يعوض بمنافعه وخدمته ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى فكان المقصود بالهبة منه ما هو المقصود بالهبة من الحر وهو العوض وهذا بخلاف الوصية فالبطالان هناك لا يثار بعض الورثة وذلك بالملك لا بالعقد فاعتبرنا من يقع له الملك وهنا الرجوع لفوات المقصود بالعقد فإن العوض مقصود بعقد التبرع أيضاً فانما ينظر إلى من وقع العقد أو الملك له فأيهما كان أجنبياً ثبت حق الرجوع له لأنه لم

تنفك عن قصد العوض * فان كان المولى والعبد كل واحد منهما ذا رحم محرم منه بان كان
 أخوه لاييه عبداً لآخيه لآمه فقد ذكر الكرخي عن محمد رحمه الله ان في قياس قول أبي
 حنيفة رضي الله عنه أن لا يرجع فيه أيضاً لأنه لا معتبر بقراءة العبد في المنع من الرجوع بدليل
 الفصل الاول فكان هذا وما لو كان العبد أجنبياً سواء وكان أبو جعفر الهندواني رحمه الله
 يقول لا يرجع هنا وهو الصحيح عندنا لانا علمنا أنه لم يقصد العوض بهذا العقد فان تخصيصه
 هذا العبد من بين عبيد مولاه دليل على أنه قصد صلة الرحم دون العوض وكذلك تخصيصه
 عند هذا المولى دليل على أنه قصد صلة رحم مولاه فسواء اعتبرنا العقد أو الملك أو اعتبرناهما
 فالقصد صلة الرحم دون العوض . قال (حربي دخل علينا بأمان وله عندنا أخ مسلم فوهب
 أحدهما لصاحبه شيئاً وسلمه فلا رجوع له فيه) لان المقصود لا يختلف بكون أحدهما مسلماً
 أو مستأثماً ولان الرحم مع الحرمة مانع من الرجوع في الهبة كما أنه موجب العتق عند
 دخوله في ملكه ويستوى في ذلك المستأمن والذمي والمسلم فكذلك في حق الرجوع فان
 لم يقبض الموهوب له حتي رجع الحربي الى دار الحرب بطلت الهبة لان رجوعه الى دار الحرب
 حرياً كموته فان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كاليت وموت الموهوب له
 قبل القبض يبطل الهبة وكذلك ان كان الحربي هو الواهب فقد بطلت الهبة وبقي المال على
 ملكه فيوقف حتى يحضر هو أو نائبه فيأخذ ولا يبعث به الى دار الحرب بمنزلة مال خلفه في
 دارنا وهذا لبقاء حكم الامان في المال الذي خلفه هنا * فان كان الحربي اذن للمسلم في قبضه
 وقبضه بعد رجوعه الى دار الحرب جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز لانه لما صار بمنزلة
 الميت بطلت الهبة ولا يبقى حكم اذنه في القبض كما لو مات حقيقة بعد الاذن في القبض
 وهذا لانه اذن له في قبض متم للهبة وذلك لا يكون الا مع بقاءه حياً حقيقة وحكماً . ووجه
 الاستحسان ان اذنه في القبض باق بعد لحاقه لان ابتداء اذنه في قبض هذا المال بعد لحاقه
 معتبر فانه لو أرسل هذا الرجل ليأخذ ماله يجب تسليمه اليه فلا ينبغي ان يبقى اذنه كان أولى واذا بقي
 اذنه يحمل في الحكم كانه سلمه اليه بنفسه . وحقيقة الفرق بين هذا والموت الحقيقي أن هناك
 المال صار حقاً لو ارثه وليس له اذن معتبر في ملك الغير وهذا المال بقي موقوفاً على حقه
 فكان اذنه فيه معتبراً فلهذا يملك بالقبض باذنه استحساناً . قال (رجل وهب لامرأة هبة ثم
 تزوجها فله أن يرجع فيها) لانها لما كانت أجنبية منه حين وهب لها علمنا أن مقصوده العوض ولم

ينزل ذلك * فان قيل * بل كان مقصوده أن تزوج نفسها منه وقد فعلت فينبغي أن لا يرجع في
 الهبة * قلنا * هذا ليس بمقصود شرعي فيما شرعت الهبة له فلا معتبر به وبالنكاح وان حصل له الملك
 فقد وجب عليه البذل فلا يعتبر ذلك في المنع من الرجوع في الهبة . قال (وان وهب لامرأته
 هبة ثم أبانها فليس له أن يرجع فيها) لان الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية بينهما عرفنا أنه
 لم يكن مقصوده العوض فلماذا لا يرجع فيها . قال (رجل وهب لابنه الكبير عبداً وهو في عياله
 ولم يسلمه اليه أو وهب لزوجته لم تجز الهبة الا على قول ابن ابي ليلى) فانه يقول من في عياله
 تحت يده فيقوم قبضه لهم مقام قبضهم كما لو وهب لولده الصغير والدليل عليه أن الصغير اذا
 كان في عيال أجنبي فوهب هو له أو غيره هبة وقبضه من يعوله تمت الهبة ولا نسب بينهما سوى
 أنه يعوله ولكننا نقول لا ولاية له على ولده البالغ ولا على زوجته فيما وراء حقوق النكاح
 وقبض الهبة ليس من حقوق النكاح في شيء وكان هو والاجنبي في ذلك سواء ولانه
 متبرع بالاتفاق على ولده البالغ فهو كالغني اذا تبرع بالاتفاق على بعض المساكين ويعولهم
 فلا ينوب قبضه عن قبضهم في اتمام الصدقة والهبة بخلاف الاب في حق ولده الصغير فانه وليه
 وهكذا نقول فيمن يعول يتيماً انما يعتبر قبضه له اذا لم يكن لليتيم ولي يقبض له وهنا
 الموهوب له ولي نفسه فلا حاجة الى قبض من يعوله في حقه كما اذا كان الصغير في عيال
 أجنبي وله أب أو جد فانه لا يعتبر قبض من يعوله في اتمام الهبة له . قال (وكل شيء وهبه لابنه
 الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم فهو جائز) والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد
 عليه والاشهاد له ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطاً للتحرز عن
 جحود سائر الورثة بعد موته أو عن جحوده بعد ادراك الولد أما اذا اتفقوا على ذلك فالهبة
 تامة بدون الاشهاد . وكذلك ان كان هذا الولد في عيال أمه لان لها عليه نوع ولاية ألا ترى
 انها تحفظه وتحفظ ماله وهذا القدر من الولاية يكفي لقبض الهبة . والصدقة في هذا قياس الهبة
 لان تمام كل واحد منهما بالقبض . قال (وان كان اليتيم في عيال أمه فوهبت له عبداً واشهدت
 عليه وأبوه ميت ولا وصي له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة الاب لو كان حياً) لان في
 القبض معنى الاحراز كالحفظ وللاهم ولاية حفظ مال اليتيم فكانت في قبض الهبة كالاب . قال
 (وكذلك ان كان اليتيم في عيال عمه فقبضه العم له وان كان له أخ أو أم فقبض العم له قبض
 ايضاً) لانه يستوي بالآخ في ثبوت ولاية الحفظ له في ماله فكان ذلك محض منفعة له وبسبب

قربته القريبة يثبت هذا القدر من الولاية كقربة العم لقربة الاخ ثم تأيدت قرابة العم
بكون اليتيم في عياله فتم الهبة له بقبضه * قال وكذلك ان كان له وصى فوهب له هبة وهو
في عياله وأشهد على ذلك وأعلمه جاز وقبل مراده وصى الام أو الاخ فأما وصي الاب والجد
فله أن يقبض ما يوهب له سواء كان في عياله أو لم يكن لانه قائم مقام الوصي في الولاية في
ماله مطلقا سواء كان هو الواهب له أو غيره . قال (فان كان رجل اجنبي يعول يتيما وليس
بوصى له ولا بينهما قرابة وليس لهذا الوصي أحد سواء جاز له ان يقبض ما يوهب له
استحسانا) وفي القياس لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وهو متبرع في تربيته والاتفاق عليه
فكان كسائر الاجانب فيما ينبنى على الولاية ولكنه استحسن فقال فيما يتحضر منفعة لليتيم
فمن يعوله خلف عن وليه ألا ترى انه أحق بحفظه وتربيته لو أراد اجنبي آخر ان ينزعه من
يده لم يكن له ذلك وأن يسلمه في تعليم الاعمال فيكون في ذلك بمنزلة وليه والخلف يعمل
عمل الاصل عند عدم الاصل . وانما أثبتنا هذه الخلافة توفيراً للمنفعة على الصغير لانه يقرب
الى المنافع ويبعد عن المضار وفي قبض الهبة محض منفعة له فاذا ثبت أن له أن يقبض هبة
الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وأبانها فهو جاز وقبضه له قبض ويستوى ان
كان الصبي يعقل أو لا يعقل . وفيه نوع اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه
فلا حاجة الى اعتبار الخلف هاهنا * ولكن الجواب ان يقول يقبض لا باعتبار الولاية على
نفسه فالصغير تبقى ولايته عن نفسه ولكن لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبض من يعوله
مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه يفتح عليه بابان لتحصيل هذه المنفعة بخلاف الولد
الكبير لانه يقبض هناك بولايته على نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل .
قال (وكل يتيم في حجر اخ أو ابن اخ أو عم يعوله فوهب له رجل هبة فانما يقبضها الذي
يعوله اذا كان هو صغيراً لا يحسن القبض) وكذلك ان كان عاقلاً يحسن القبض فقبض له
من يعوله جاز لما بينا وان قبض الصغير بنفسه في القياس لا يجوز قبضه وهو قول الشافعي
لانه لا معتبر بقبضه قبل البلوغ خصوصاً فيما يمكن تحصيله له بغيره فان اعتبار عقله للضرورة
وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره فأما فيما يمكن تحصيله له بغيره فلا تتحقق الضرورة ولهذا
لم يعتبر الشافعي رحمه الله عقله في صحة اسلامه واعتبره في وصيته واختياره احد الابوين لان
ذلك لا يمكن تحصيله له بغيره . وجه الاستحسان انه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه

فالظاهر أنه لا يتم نظره في عواقب الأمور بما له من العقل الناقص قبل بلوغه وهذا فيما
يتردد بين المصرة والمنفعة فأما فيما يتحضر منفعته لا يتحقق هذا المعنى وقد بينا أن في اعتبار
عقله توفير المنفعة عليه وإذا كان فيما لا يمكن تحصيله له بغيره إذا كان محض منفعة يعتبر
عقله لتوفير المنفعة عليه بطريقتين * ثم العادة الظاهرة بين الناس التصديق على الصبيان من
غير تكبر منكر وتعامل الناس من غير تكبر منكر أصل من الأصول كبير ولأن حقيقة
القبض توجد منه وهو محبوس فأنما يسقط اعتباره في حق حكمه لحجر شرعي ولا حجب
عليه فيما يتحضر منفعته له . قال (والصبيبة التي دخل بها زوجها فان زوجها يقبض الهبة لها لانه
يعولها * فان قيل * الولاية عليها للاب دون الزوج * قلنا * نعم ولكن الاب أقام الزوج
مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها اذا زفها الى بيت الزوج وقبض الهبة من باب الحفظ
فيقوم الزوج فيه مقام الاب ولكن لهذا لا تنعدم ولاية الاب فاذا قبضها الاب صح قبضة لقيام
ولايته وان قبضت بنفسها جاز لانها تعقل القبض وان قبض الزوج جاز لما بينا ولا يكون
الزوج في هذا بمنزلة ما لو سلم الاب ولده الصغير الى من يعوله لان ذلك لا يثبت به الاستحقاق
فعرفنا انه لا يقوم فيه مقام الاب والزوج فحكم النكاح يثبت له عليها استحقاق اليد حتى يصير
أولى بها من ابها وان كانت لم تزف الى زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم
أنه يعولها وان له عليها يداً مستحقة وذلك لا يوجد قبل الزفاف وان ادركت لم يجز قبض
الزوج لها لان اعتبار ذلك بحكم انه يعولها لانها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة . قال
(ولا يجوز قبض الاخ والجد على الصغير اذا كان الاب حياً حاضراً) لان من هو الاصل
في هذه الولاية حاضر فلا حاجة الى اعتبار من هو خلف في ذلك فان كان الاب غائباً غيبة
منقطعة فتدخرج الصغير من أن يكون منتفعاً برأى الاب فيصير هو كالمعدوم فتكون ولاية
القبض للاخ اذا كان الصغير في عياله وهذا نظير ولاية التزويج ونظير حق الحضنة والاتفاق
من المال فانه لا يعتبر مال الجد ما دام الصغير منتفعاً بمال الاب فاذا انعدم ذلك بغيبة ماله
جعل في حكم المعدوم أصلاً ألا تري أن التيمم لما جعل خلفاً عن الماء في حكم الطهارة فحال
عدم الماء وحال نجاسة الماء الموجود في ذلك سواء لان ما هو المقصود وهو الطهارة لا يحصل
بالماء النجس فان كان الاب دفعه الى غير الاخ وغاب غيبة منقطعة فكان في حجب الرجل
وعياله جاز له قبض الهبة ولو قبض الاخ لم يجز قبضه لان الاب اقامه مقام نفسه في النظر

له فكان هو منتفعا برأيه قائما مقامه ولو كان منتفعا برأيه بأن كان حاضرا لم يحز قبض الاخ
فهذا مثله وهذا لما بينا ان مجرد قرابة الاخ لا تثبت له الولاية بدون اليد * واذا كان في
عيال من اختاره الاب فليس للاخ عليه يد موجودة ولا مستحقة حتى انه ليس له ان
يسترده ممن يعوله فكان كالاجنبي ولمن يعوله يد مستحقة ما لم يحضر الاب فهو الذي يقبض
الهبة له والله اعلم بالصواب

باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز

قال (واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى من دار غير مقسومة وسلمه اليه مشاعا
أو سلم اليه جميع الدار لم يحز) يعني لا يقع الملك للموهوب له بالقبض قبل القسمة عندنا
وقال الشافعي يقع الملك وتم الهبة لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل المدينة نظر
الى موضع المسجد فوجده بين أسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فوهب أسعد رضي الله
عنه نصيبه لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وهب الرجلان نصيبهما منه أيضا فبنى المسجد
(وقال) عليه الصلاة والسلام للرجل الذي أتاه بكبة من شعر فقال أخذت هذه من الغنمة
لا أخطبها برعدة بعير لي أما نصيبني منها فهولك فقد وهب المشاع (وعن) أنس بن مالك
رضي الله عنه انه جوز الهبة في المشاع ولانه عقد تمليك للمال فيصح في المشاع كالبيع
وتأثيره أن الجزء المشاع محل لما هو موجب هذا العقد وهو الملك وانما يشترط في المحل
المضاف اليه العقد كونه محلا لحكم العقد وبه فارق الصوف علي ظهر النعم فانه مملوك
وصفا وتبعا لا مقصودا وموجب الهبة الملك مقصودا ولهذا لا يجوز اضافة البيع اليه
بخلاف الجزء الشائع ولان الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع تمام الهبة وما يؤثر فيه
الشيوخ فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة فيه سواء كالرهن عندكم والنكاح عندى ولان
الهبة عقد تبرع فتكون بمنزلة القرض والوصية والشيوخ لا يمنع صحة الوصية وهي تبرع
بعد الموت فكذلك التبرع في الحياة ولا يمنع القرض أيضا فانه لو دفع ألف درهم الى
رجل على أن يكون نصفها قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته يجوز ذلك
وبفضل القرض يبطل اعتمادكم على اشتراط القبض فاصل القبض شرط لوقوع الملك في
القرض ثم لا تشترط القسمة والدليل على ان القبض مع الشيوخ يتم انه ينتقل الضمان الي

المشتري بالقبض مع الشيوع ويملك المشاع عندكم بالبيع الفاسد والمشاع يصلح أن يكون رأس مال السلم وبذل الصرف . واعتمادنا في المسئلة على اجماع الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم فقد روينا في أول الكتاب شرط القسمة عن أبي بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم وعن علي رضى الله عنه من وهب ثلث كذا أو ربع كذا لا يجوز حتى يقاسم والمعنى فيه أن شرط القبض منصوص عليه في الهبة فيراعى وجوده على اكل الجهات التي تمكن كشرط استقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصاً عليه يشترط ذلك فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته والحطيم من البيت من وجه دون وجه وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً وبدون الاطلاق لا يثبت الكمال . ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه وفي حيز شريكه من وجه لانه لا يمكن ان يشار الى شيء منه بعينه فيقال انه في يد هذا دون هذا ولان القسمة من تمة القبض ألا ترى ان الشفع لا ينقض قسمة المشتري كما لا ينقض قبضه وله حق نقض تصرفات المشتري فان للمشتري ان يطالب البائع بالقسمة بعد الشراء وانما يثبت له حق المطالبة بالقبض بالشراء ففرقنا أن القسمة من تمة القبض فبدونها لا يتم ولكن هذا فيما يتأتى فيه القسمة فأما فيما لا يقسم القسمة لا يكون حيازة لان المقصود الانتفاع بالقسمة يتلأثي ففرقنا أن القسمة فيه ليست من تمة القبض ولان اشتراط أصل القبض في وقوع الملك هنا معنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو أن لا يصير عقد التبرع سبباً لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في عين ما تبرع به لانه لو ملك قبل القبض طالبه بالتسليم اليه وكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالتسليم اليه فكذلك لو ملكه قبل القسمة طالبه بالقسمة فيصير عقد التبرع موجبا ضمان القسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف ما لا يحتمل القسمة فانه لا يستوجب به حق المطالبة بالقسمة * فان قيل * يستوجب به المهايأة * قلنا * المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمناً في عين ما تبرع به * ولا يرد على هذا ما لو ألتف الواهب الموهوب بعد التسليم ضمن قيمته للموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة هنا وان كان بالملك فذلك الملك حكم الهبة فلا يمنع اضافة الضمان الى الهبة ألا ترى ان شراء القريب اعتاق وان كان العتق بسبب الملك لان ذلك الملك حكم الشراء وبه فارق البيع فانه عقد ضمان فيجوز أن يتعلق به ضمان

المقاسمة ولأن أصل القبض هناك لا يشترط لوقوع الملك فذلك ما يتمه وبه فارق الوصية
 فأصل القبض هناك ليس بشرط للملك فكذلك ما يتمه وكما يستحق هناك ضمان التسليم على
 المالك يستحق ضمان المقاسمة أيضاً والقرض تبرع من وجه ومن وجه هو عقد الضمان حتى
 كان المستقرض مضموناً بالمثل فلا يبعد أن يتعلق به ضمان المقاسمة وشرط القبض هناك ليس
 بمنصوص ليراعي وجوده على أكل الجهات * ثم أشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه
 بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة وذلك اعتبار صحيح فيما له سببان وحديث الكبة فأنما
 قال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم على وجه المبالغة في النهي عن الغلول أي لا أملك
 إلا نصيبي فكيف أطيب لك هذه الكبة من الغنيمة ألا ترى أنه ليس لواحد من الغانمين أن
 يهب نصيبه قبل القسمة لأنه لا يدري أين يقع نصيبه أو كان ذلك مما لا يحتمل القسمة فالكبة
 من الشعر إذا قسمت على جند عظيم لا يصيب كل واحد منهم ما ينتفع به وحديث المسجد
 فذكر الواقدي أن أبا بكر رضي الله عنه هو الذي اشترى موضع المسجد باثني عشر
 ديناراً وأثنى ثبت الهبة فيحتمل أن أسعد رضي الله عنه وهب نصيبه ولم يسلم حتى وهب
 الرجلان نصيبهما ثم سلموا جملة . وعندنا هذا يجوز فإن المؤثر الشيوع عند القبض لا عند
 العقد حتى لو وهب الكل وسلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف ثم النصف وسلم الكل
 جاز . قال (ولو وهب أحد الشريكين نصيبه من شريكه مشاعاً فيما يحتمل القسمة لا يجوز
 عندنا أيضاً) وقال ابن أبي ليلى يجوز لقوله تعالى فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو
 الذي بيده عقدة النكاح فهذا يقتضي أن الصداق إذا كان عينا يتنصف بالطلاق فإن المرأة تندب
 إلى أن تترك الكل للزوج والزوج يندب إلى أن يسلم الكل إليها وذلك من كل واحد منهما
 هبة في المشاع (وعن) أبي السباع مولى عطاء قال أقرضت ابن عمر رضي الله عنهما خمسمائة
 درهم فقضاني في كيس فوجدته يزيد على حق ثمانين فقلت في نفسي لعله جربني بهذا فأثبته
 وأخبرته بذلك فقال هو لك فهذا كان منه هبة للمشاع في تلك الزيادة من الشريك ولأن
 المانع استحقاق ضمان المقاسمة وذلك لا يجوز في الهبة من الشريك . وحجتنا في ذلك ما بينا
 أن اشتراط القسمة في الهبة فيما يحتمل القسمة كاشتراط القبض وفي ذلك يستوى الهبة
 من الشريك ومن الاجنبي فكذلك في القسمة وهذا لأن القبض في الهبة لا يتم في الجزء
 الشائع فقبض الشريك لا يتم اعتبار ما لاقاه في الهبة وإنما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكاً

له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثانيا فيما تناوله العقد دون غيره . فاما الاستدلال بالآية قلنا
 العفو حقيقته اسقاط وذلك في الدين دون العين ثم في العين كل واحد منهما مندوب الى
 العفو عندنا ولكن بطريقة وذلك في أن يهب نصيبه من صاحبه بعد القسمة وليس في الآية
 ما يمنع ذلك وهو تأويل حديث ابن عمر رضي الله عنهما فن وجد ما يستوفي أكثر من
 حقه يميز له الفضل ويأتي به ليرده فيحتمل انه فعل ذلك فوهبه له ابن عمر رضي الله عنهما
 وعندنا هذا يجوز . قال (ولو وهب داراً لرجلين وسلمها اليهما فالهبة لا تجوز في قول أبي حنيفة
 رضي الله عنه وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز) لان العقد والتسليم لاقى مقسوماً
 فانه حصل في الدار جملة فيجوز كما لو وهبها لرجل واحد وهذا لان تمكن الشيوع باعتبار
 تفرق المالك والمالك هنا حكم الهبة وحكم الشيء يعقبه فالشيوع الذي ينبنى على ملك يقع
 للموهوب لهما لا يكون مقترنا بالعقد ولا تأثير للشيوع الطارئ في الهبة كما لو رجع الواهب
 بالنصف ولان المعنى استحقاق ضمان المقاسمة على المتبرع وذلك لا يوجد هنا فالعين تخرج من
 ملك المتبرع جملة وانما ضمان المقاسمة بين الموهوب لهما باعتبار تفرق ملكهما ولان تأثير
 الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة حتي لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف
 الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة أولى وكذلك الاجارة عند أبي حنيفة رضي الله عنه
 لا تصح مع الشيوع * ثم اذا أجز داره من رجلين يجوز فكذلك الهبة وأبو حنيفة رضي
 الله عنه يقول قبض كل واحد منهما لاقى جزءاً شائئاً وذلك غير موجب للملك فيما يحتمل
 القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف من كل واحد منهما بعقد على حدة وهذا لان تأثير
 الشيوع باعتبار أن القبض لا يتم معه وذلك موجود هنا فكل واحد منهما لا يقبض
 الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع والدليل عليه أن المانع تمكن الشيوع في الملك المستفاد
 بعقد الهبة حتى لو وهب من رجل النصف ثم النصف وسلم الكل جملة يجوز لانه لا شيوع
 في الملك المستفاد بالهبة * ولو وهب رجلان من واحد يجوز مع وجود الشيوع في الواهبين
 لانه لا شيوع في الملك المستفاد بالهبة وان وهب أحدهما نصيبه من زيد والآخر نصيبه
 من عمرو لا يجوز لتمكن الشيوع في الملك المستفاد بالهبة فثبت أن المانع هذا وهو موجود في
 الهبة من رجلين . والدليل على أن المعتبر جانب الممتلك دون المملك حكم الشفعة فان رجلين
 لو اشتريا داراً من واحد لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين بالشفعة لتفرق الملك

في جانب الممتلك فظهر بهذا أن المعتبر جانب الممتلك لا جانب المملك . ولا اعتماد عن انتفاء ضمان
 المقاسمة عن الواهب فان رجلين لو وهبا من رجلين على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما
 بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز وليس على الواهبين ضمان المقاسمة وليس هذا كالرهن
 لان المانع هناك تمكن الشيوع في المحل فان موجب الرهن الحبس والحبس في الجزء الشائع
 لا يتأثر وفي الرهن من رجلين لا شيوع في الحبس لان الحبس ثبت لكل واحد منهما في الكل
 حتى لو قضى دين أحدهما لا يكون له ان يسترد شيئاً من الرهن مالم يقبض دين الآخر
 وهذا لانه لامضايق في الحبس فكما لا يجوز أن يكون الشخص الواحد كله محبوساً بدين زيد
 وكله محبوساً بدين عمرو فكذلك العين الواحدة وهنا موجب العقد المملك ولا يتأثر إثباته
 بكماله لكل واحد منهما ففرقنا ان كل واحد منهما يملك جزءاً شائعاً وهذا بخلاف الاجارة
 فالمانع هناك تعذر استيفاء المنفعة التي تناولها العقد من الجزء الشائع وذلك لا يوجد في الاجارة
 من الرجلين أو المانع استحقاق عود المستأجر الى يد المؤجر في مدة الاجارة بحكم المباشرة وذلك
 لا يوجد وفي الاجارة من الرجلين ولهذا جازت اجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة
 ثم قال في الاصل وكذلك في الصدقة وهذا يدل على انه اذا تصدق بما يقسم على رجلين انه
 لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه كالهبة . وفي الجامع الصغير قال لو تصدق بعشرة دراهم
 على فقيرين يجوز قال الحاكم رحمه الله يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة على
 الغنيين فيكون ذلك بمنزلة الهبة لان فعل الهبة من الفقير صدقة والصدقة على الغنى تكون
 هبة . والظاهر أن في المسئلة روايتين . وجه رواية الاصل ما بينا ان تمام الصدقة بالقبض
 كالهبة وقبض كل واحد منهما يلاقى جزءاً شائعاً فلا يتم به الصدقة كما لا يتم به الهبة ووجه
 الرواية الاخرى أن المتصدق يجعل ماله لله تعالى خالصاً ولا يملكه الفقير من جهة نفسه وانما
 يملكه الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى بعد ما تمت الصدقة من جهته واذا تصدق على
 رجلين فلا شيوع في الصدقة لانه جعل جميع العين لله سبحانه وتعالى خالصاً بخلاف الهبة ألا
 ترى ان الجهالة في المصروف اليه لا تمنع صحة الصدقة حتى اذا أوصى بثلاث ماله صدقة على
 الفقراء يجوز بخلاف ما لو أوصى به لقوم لا يحصون من الاغنياء . وكذلك اذا أوصى بعين
 للفقراء أو لفلان ونصفه لفلان واعتبر للفقراء سهم واحد باعتبار ان الصدقة لله تعالى لا للفقراء
 . قال (وان وهب رجل داراً لرجلين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثها وقبضها لم يجز في قول أبي

حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله (وهذا على أصل أبي حنيفة لا
 يشكل فانه عند الاطلاق لا يجوز هذا الاطلاق فعند التفصيل أولى وانما الخلاف بينهما لو
 قال على أن يكون النصف لهذا والنصف لهذا يجوز عندهما ذكره ابن جماعة في نوادره
 فأبو يوسف رحمه الله يقول حالة التفصيل متى كانت لا تخالف حالة الاجمال فالتفصيل
 لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلا بد من اعتبار التفصيل لان كلام العاقل معتبر
 لفائدته لالعينه فاذا لم يكن مفيداً لا يعتبر واذا نصف بينهما فالتفصيل لا يخالف الاجمال لان
 موجب العقد عند الاجمال أن يملك كل واحد منهما النصف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت
 بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فيجب اعتباره فاذا اعتبر بترق العقد فكأنه أوجب لكل
 واحد منهما العقد في جزء شائع على حدة وقاس الرهن فانه لو رهن من رجلين مطلقاً يجوز
 واذا فصل لا يجوز لان بالتفصيل يتفرق العقد الا ان هناك يستوى ان فصل أو سوى
 في التفصيل لمخالفة حالة التفصيل حالة الاجمال في الوجهين فان عند الاجمال يثبت حق
 الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت ومحمد رحمه الله يقول العقد
 والتسليم من الواهب جملة وان فصل وفصل يجوز اذا اطلق أو سوى في التفصيل .
 وهذا لوجهين (احدهما) أن الاطلاق في الهبة كالتفصيل حتى لو وهب لرجلين عيناً لا
 تحتل القسمة فقبل أحدهما دون الآخر لا يجوز كما لو فرق العقد (والثاني) أن العقد متى
 كان جملة عند الاطلاق فبالتفصيل لا يتفرق في عقود التمليكات كما في البيع فان رجلاً
 لو باع ثوبين من رجل بعشرين درهما فقبل المشتري العقد في أحدهما لا يجوز ولو قبل
 فيهما ثم نقد الثمن في أحدهما لا يكون له أن يقبض ما نقد ثمنه وكذلك لو فصل وسمى لكل
 واحد منهما ثمنه . فعرفنا أن بالتفصيل لا يتفرق العقد فالشروع باعتباره لا يفرق العقد وانما
 يكون طارئاً بعد ملك الموهوب لهما وذلك غير مؤثر في المنع من الهبة فاما في الرهن
 فالمانع تمكن الشيوع في المحل فما هو موجب العقد وهو الحبس وذلك يتحقق عند
 التفصيل وان كانت الصفقة واحدة ألا ترى أنه لو وهبه عينا بدينين نصفه بأحد الدينين
 ونصفه بالدين الآخر لا يجوز وقد بينا ان في الهبة عند اتحاد العقد لا يمنع صحته لتمكن
 الشيوع فيما هو موجب العقد وهو الملك المستفاد لكل واحد منهما . قال (ولو وهب أحد
 الشريكين نصيبه من الدار من أجنبي لم يجز) لان الايجاب والتسليم لاقى جزءاً شائعاً وانما

أورد هذا الاشكال وهو ان ضمان المقاسمة هنالك لا يستحق على المتبرع انما يستحق على الشريك ولكن قد بينا أن هذا المعنى لا يتمشى في جميع الفصول كالهبة من الشريك ويجوز ذلك وان الحرف الذي يتمشى ان القبض لا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة . قال (وان وهب رجل لرجلين الف درهم لآحد همتان وللاخر اربعمائة فذلك لا يجوز عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله ويجوز عند محمد رحمه الله) وهذا وما تقدم من هبة الدار اذا فصل وفصل سواء . قال (رجل وهب لرجل دينارا له على رجل وامرأة يقبضه جاز ذلك استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الدين ليس بمال حتى ان من حلف لا مال له وله دين على انسان لا يحنث في يمينه والهبة عقد مشروع لتملك المال فاذا اضيف الى ما ليس بمال لا يصح باعتبار ماله كما لو وهب مسلم خمرآ من مسلم لا يصح باعتبار ماله وهو التحلل والدليل عليه أن بيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لانه عقد مشروع لتملك المال فالهبة مثله أو أولى لان الهبة لا تتم الا بالقبض وقبض ما في ذمة الغير لا يتصور ولا وجه لتصحيحه اذا قبضه لان تمام عقد الهبة بقبض ما اضيف اليه العقد الى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين . ووجه الاستحسان انه أنابه في القبض مناب نفسه فيجعل قبض الموهوب له كقبض الواهب ولو قبضه بنفسه ثم وهبه وسلمه جاز وكذلك اذا أمر أن يقبضه له ثم لنفسه وهذا لان في باب الهبة المعتبر وقت القبض فان الملك عنده يثبت . دليل ما بينا من فصل الشيوع وعند القبض هو مال قابل للتمليك كسائر الاسباب فكذلك بالهبة والمقبوض وان كان غير الدين حقيقة جعل في الحكم كأنه هو بدليل جواز القبض في الصرف والسلم مع حرمة الاستبدال فيهما وليس البيع نظير الهبة فانه يوجب الملك بنفسه قبل القبض فكان المعتبر فيه وقت العقد فاذا لم يكن عين مال لم يجز بيعه مع ان الدين في الذمة يقبل التملك بالعقد فانه لو باعه ممن عليه الدين بعوض جاز ولو وهبه منه جاز . فعرفنا أنه مال قابل للتمليك حكما ولهذا تجب الزكاة فيه قبل القبض والشرط في عقد التملك ان يضاف الى محل قابل له وقد وجدتم لزومه قبل القبض وعند القبض بحكم الهبة هو عين قيم العقد . قال (رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز) لانه ليس في يده فاليد بعقد الرهن مستحقة عليه للمرتهن فلا يكون الاب قابضاً لولده ما ليس في يده ولانه يبطل به حق المرتهن وهو حق مستحق عليه فلا يملك ابطاله وكذلك لو غصب عبده غاصب فوهبه

لانه ليس في يد المنصوب منه حقيقة ولا حكماً فانه مضمون على الغاصب وانما يضمن
 بتقويت يد المنصوب منه بخلاف الوديعة اذا وهبها من أبيه لان يد المودع في الحكم كيد
 المودع فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده (فان قيل) فقد قلتم اذا
 وهب الوديعة من المودع جاز ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضاً لنفسه بحكم يده
 قلنا في الحقيقة اليد للمودع فباعتبار هذه الحقيقة يجعله قابضاً لنفسه ثم انما قامت يده
 مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملاً للمودع وذلك قبل التملك بالهبة فأما بعد ذلك
 فهو عامل لنفسه ولو باعه بيعاً فاسداً وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشتري ثم وهبه لابنه
 الصغير لا يجوز لانه خرج من ملكه بتصرفاته فانما وهب ما لا يملك ولان اليد لغيره
 حقيقة وحكماً حين كان في ضمان الغير . قال (ولا يجوز هبة المكاتب كما لا يجوز عتقه)
 لانه تبرع محض ولو اجازته المولى فكذلك لان اجازة المولى إنما يعمل فيها بملك المولى أنشاءً
 وهو لا يملك ذلك في كسب المكاتب . قال (رجل وهب لرجل ما على ظهر غنمه من الصوف
 أو ما في ضرع غنمه من اللبن لم يجز ذلك) لان الصوف واللبن ما دام متصلاً بالحيوان فهو
 ليس بمال مقصود بنفسه ولكنه وصف الحيوان وعقد التملك مقصوداً لا يتم فيما ليس بمال
 مقصود فان أمره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض ذلك استحسنت أن أجيزه وهذا لوجهين
 (أحدهما) أن الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع محل للتمليك بدليل جواز الوصية
 به وجواز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله في الصوف وتمام عقد الهبة بالقبض فاذا
 كان قبضه بعد الجزاز وهو مال متقوم في هذه الحال يتم فيه الهبة كما بينا في الدين (والثاني) أن
 امتناع جواز الهبة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل
 فيكون ذلك بمنزلة الشائع وقد بينا أنه لو وهب شيئاً مشاعاً ثم قسم وسلم مقسوماً تمت الهبة فهذا
 مثله وكذلك ثمر الشجرة والزرع اذا حصده فهو على القياس والاستحسان الذي ذكرناه . قال
 (ولا يجوز هبة العبد المأذون) لانه منفق الحجز عنه في التجارات دون التبرعات فان اجازته
 مولاه ولا دين عليه جاز لان كسبه خالص حقه يملك مباشرة الهبة فيه فينفذ باجازه ايضاً
 وان كان عليه دين لم يجز ذلك وان اجازته المولى والغرماء لان حق الغرماء في دينهم لا يسقط
 باجازه الهبة فلا معتبر باجازتهم والمولى لا يملك مباشرة الهبة بنفسه فلا تعمل اجازته ايضاً
 . قال (ولو وهب له ما يثمر التخيل العام لم يجز) لانه معدوم في الحال والمعدوم ليس بشيء

واضافة عقد التمليك الى غير محله لغو * فان قيل * لا كذلك فالوصية بما يثمر نخيله العام
صحيح * قلنا * الوصية ليست بعقد تمليك مال وانما شرعت للخلافة عن الموصى ثم الملك من
ثمراته ولهذا لا يتوقف ثبوت الملك فيه على القبض وهنا انعقد عقد التمليك فلا بد من اضافته
الى ما هو مملوك ليعتبروا الملك لا يسبق الوجود وبه فارق ما سبق من الصوف واللبن فانه
موجود مملوك وان كان متصلا بالحيوان فانما يمنع جواز بيعه لتمكن المنازعة بينهما عند
التسليم وذلك لا يوجد في الهبة * ثم الجزاز والحلب والقبض في اللبن في وسعه فيمكن أن
يجعل فيه نائبا عن الواهب ثم قابضا لنفسه بعد ذلك فأما الايجاب في الثمار ليس اليه . قال
(وكذلك لو وهب له ما في بطن جاريته وهي حبلى أو ما في بطن غنمه فهو باطل) من اصحابنا
رحمهم الله من يقول ان أمره بقبضه بعد الولادة فقبض ينبغي ان يجوز استحسانا كما في
الصوف واللبن والاصح أنه لا يجوز لان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده
حقيقة ولان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائبا عن الواهب
بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن . ومعنى هذا الفرق ان فيما ليس في وسعه لو جاز
العقد باعتباره كان تعليقاً للهبة بالخطر وذلك غير جائز وما في وسعه يكون تأخيرا للملكه الى
قبضه لا تعليقاً للهبة بالخطر وذلك جائز . قال (ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم وهبها لرجل وسلمها
اليه جازت الهبة في الام فان باعها لم يجز بيعه) لانه لو باع جاريته واستثنى ما في بطنها لم يجز
البيع ولو وهبها واستثنى ما في بطنها جازت الهبة في الأم والولد والاستثناء باطل * أما مسألة
استثناء ما في البطن تنقسم الى ثلاثة أقسام (قسم منها) لا يجوز أصل التصرف وهو البيع
والاجارة والرهن لان موجب اضافة العقد الى الأمر دخول الولد فيه واستثناء موجب
العقد في هذه العقود مبطل للعقد لانه شرط فاسد وما يتعلق بالجائز من الشرط فالشرط
الفاسد يبطله (وقسم منها) يجوز التصرف ويبطل الشرط وهو النكاح والخلع والصالح عن دم
العمد والهبة لان الشرط الفاسد لا يبطل هذه العقود بل العقد صحيح والشرط باطل والاصل
فيه ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أجاز العمرى وأبطل الرقي (وقسم) يجوز التصرف
والاستثناء جميعا وهو الوصية لان في حكم الوصية ما في البطن كانه شخص على حدة حتى يجوز
افراذه بالوصية فيجوز استثناءؤه أيضا لانه غير مبني على السراية بخلاف العتق * فاذا عرفنا هذا
فنقول في البيع لو استثنى ما في البطن قصدا لم يجز البيع فكذلك اذا صار مستثنى حكما

بنفوذ العتق وفي الهبة لو استثنى ما في البطن قصدا لم تبطل الهبة فكذلك اذا صار مستثنى حكما
 وذكروا في كتاب العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته ثم وهب الجارية لم يجز . وقيل في
 الفصلين روايتان . في احدى الروايتين لا يجوز فيهما لان الموهوب مشغول بما ليس بموهوب
 فهو كما لو وهب دارا فيها متاع الواهب . وفي الرواية الاخرى يجوز فيهما لانه لو استثنى
 الولد قصدا لم تبطل به الهبة في الام فكذلك اذا صار مستثنى حكما والاصح هو الفرق
 بينهما فان التدبير لا يزيل ملك المدبر . والموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك
 الواهب فكان ذلك في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فأما العتق فانه يزيل ملك
 المعتق فاذا وهب الأم بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك
 الواهب فهو كما لو وهب أرضا فيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة
 فكذلك هنا . قال (ولا يجوز للأب ان يهب من ماله ابنه الصغير شيئا) لانه صار نائباً عن
 الصغير في التصرف في ماله لتوفير المنفعة عليه وذلك بالتبرع لا يحصل فهو كسائر الاجانب
 كما لو طلق امرأته . قال (عبد مأذون عليه دين كثير وهبه مولاه لرجل لم تجز هبته والدين
 في رقبته يباع فيه الا أن يؤدي عند مولاه الذي في يده) ومعنى قوله لم يجز ان الهبة
 لا تتم وللغرماء أن يبطلوا هبته لان المولى مالك لرقبته ولكن حق الغرماء سابق على حقه
 في ماليته وفي اتمام الهبة ابطال هذا الحق عليهم ولكن ليس في أصل التملك ابطال حقهم
 فيصير مملوكا للموهوب له مشغولا عن الغرماء على الوجه الذي كان في ملك الواهب لانه
 اقامه مقام نفسه في ملك الرقبة وله هذه الولاية فيما هو خالص حقه ولهذا لو قضى الموهوب
 له دينه كان سالما له لان تمكن الغرماء من ابطال ملكه لقيام دينهم وقد وصل الى الغريم حقه
 قال (فان ذهب الموهوب له بالعبد ولم يقدر عليه فللغرماء أن يأخذوا الواهب بقيمته يوم وهب)
 لانه هو الذي اتلف حقهم بالتمليك من الموهوب له والتسليم فيصير ضامنا قيمته لهم كما لو
 اعتقه . قال (ولو وهب له ما في بطن أمته وسلطه على قبضه بعد الوضع فقبضه لم يجز) وقد
 بينا الفرق بين هذا وبين هبة الدين والصوف على ظهر الغنم * وفي الكتاب قال من قبل
 انه وهب له ما لم يكن بعد فانه وهب له الولد وقبل الاتصال لا يكون ولدا ألا ترى انه لو
 وهب له دهن سمس قبل أن يعتصر وسلطه على قبضه اذا عصر أو وهب الزيت في الزيتون
 والدقيق في الخنطة قبل الطحن والسمن في اللبن قبل ان يتمنخ فهذا كله باطل لانه هبة

المدوم فان الدهن حادث بالعصير والدقيق بالطحن ولهذا لو فعله الفاصب كان مملوكا له وهذا
 لانه قبل الطحن في الخنطة والدقيق غير الخنطة وكون الشيء الواحد مثنى في وقت واحد
 مستحيل فعرفنا أنه أضاف المقدر الى المدوم وكان لغواً . بخلاف الوصية فان هذا كله يجوز
 في الوصية لانه خلافه وليس بإيجاب للملك * ثم قال في بعض النسخ وكذلك اللبن في ضرع
 الشاة والصوف على ظهرها وهذا غلط فقد قيل هذا في الصوف واللبن اذا أذن له في الحلب
 والجز وقبض ذلك جاز استحسانا وبما بينا يظهر الفرق بينهما . قال (واذا وهب الرجل لرجل
 نصف عبد أو ثلثه وسلمه جاز) لانه مما لا يقسم وقد بينا ان هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة
 صحيحة فاذا وهب جزءاً مسمى وسلمه بالتخلية جاز وهذا لان الحاجة تمس الى ايجاب التبرع
 فيما لا يحتمل القسمة فلو لم يجز ذلك ضاق الامر على الناس لابطال هذا النوع من التصرف
 عليهم فيما لا يحتمل القسمة أصلاً بخلاف ما يحتمل القسمة فانه يتأخر فيه التصرف الى القسمة
 ولا يبطل أصلاً فلا يتحقق فيه الضرورة . قال (وان وهب عبده لرجلين أو وهب رجلاً
 لرجل أو وهب أحدهما نصيبه لشريكه أو لاجنبي وسلمه فهو جائز كله) لان الموهوب
 معلوم ولا أثر في الشيوع في المنع من الهبة في هذا المحل * وان قال أحد الشريكين لرجل
 قد وهبت لك نصيبى من هذا العبد فاقبضه ولم يسمه له ولم يعلمه اياه لم يجز لجهالة
 الموهوب وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينه وبين الشريك الآخر ولان المجهول لا يجوز
 تملكه بشيء من العقود قصداً . قال (ولو وهب رجل لرجلين نصف عبدين أو نصف
 ثوبين مختلفين أو نصف عشرة أثواب مختلفة نمطى ومروى وهروى ونحو ذلك جاز) لان
 مثل هذه الثياب لا تقسم قسمة واحدة فكان واهباً لنصيبه من نصف كل ثوب وكل ثوب
 ليس بمحمول للقسمة في نفسه وكذلك الدواب المختلفة علي هذا فان كان ذلك من نوع واحد
 لم تجز هبته الا مقسوماً لان الثياب اذا كانت من نوع واحد تقسم قسمة واحدة والدواب
 كذلك فانما وهب النصف مشاعاً فيما يحتمل القسمة وذلك لا يجوز . قال (وان وهب
 نصيباً له في حائط أو طريق أو حمام وسمى وسلطه فهو جائز) لانه غير محتمل للقسمة فانه
 اذا قسم لا يمكن الانتفاع به على الوجه الذى ينتفع به قبل القسمة وهذا هو صفة ما لا
 يحتمل القسمة . قال (ولو وهب نصف داره لرجل وسلمها اليه ثم وهب نصفها الآخر لرجل
 لم يجز شيء من ذلك) لان كل واحد من العبدین لو تم انما يتم في مشاع يحتمل القسمة وان لم

يسلم النصف الاول حتى وهب النصف الثاني للثاني ثم سلم الدار اليهما جازت الهبة لهما عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بمنزلة مالو وهب الدار لهما جملة (وان وهب لرجل نصفها ثم قسمها
ودفع النصف اليه جاز) لان المعتبر عند القبض ولا شيوع عند ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب العوض في الهبة

قال (واذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضا وقبضه الواهب لم يكن للواهب
ان يرجع في هبته ولا للمعوض أن يرجع في عوضه) والحاصل ان العوض في الهبة نوعان
متعارف ومشروط فبدأ الباب ببيان ما هو متعارف من العوض غير مشروط والاصل
أن المعوض بمنزلة الواهب حتى يشترط في العوض ما يشترط في ابتداء الهبة فلا يحصل
المالك للواهب الا بالقبض بعد القسمة لان المعوض متبرع مختار في هذا التملك كالواهب
وبعد وصول العوض الى الواهب لارجوع له في الهبة لقوله صلى الله عليه وسلم ما لم يثب
منها وحكم ما بعد الغاية بخلاف ما قبله ولان حق الرجوع له في الهبة كان خلل في مقصوده
وقد انعدم ذلك لوصول العوض اليه فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيباً فيزول العيب قبل ان يرده
ولا يرجع المعوض في عوضه أيضاً لان مقصوده بالتعويض اسقاط حق الواهب في الرجوع
وقد نال هذا المقصود ولانه مجازى في التعويض وبقاء جزء الشيء ببقاء أصله فاذا كان
الموهوب سالماً له فينبغي أن يكون الجزء سالماً لصاحبه أيضاً . قال (وان وهب عبداً
لرجلين فعوضه أحدهما من حصته كان له أن يرجع في حصة الآخر) لانه لم يصل اليه
العوض عن حصة الآخر والجزء معتبر بالكل والرجوع في النصف شائعاً صحيح بخلاف
ابتداء الهبة لان الراجع ليس يملك بالرجوع بل يعيده الى قديم ملكه والشيوع من ذلك
لا يمنع وبالرجوع في النصف لا تبطل الهبة فيما بقي لانه شيوع طراً بعد تمام الهبة فلا يكون
مؤثراً فيه فان ما يتم القبض معتبر بأصل العقد وعود الموهوب الى يد الواهب لا يمنع بقاء
الهبة فالشيوع كذلك فان عوضه أحدهما عن نفسه وعن صاحبه لم يكن للواهب أن يرجع
في شيء من العبد لانه في نصيب صاحبه أجنبي والتعويض من الاجنبي صحيح وان كان بغير
أمر الموهوب له لانه تصرف في المعوض في ملكه وانما يسقط به حق الواهب في الرجوع
ومثل هذا التصرف يصح من الاجنبي كصلح الاجنبي مع صاحب الدين من دينه على مال

نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون فهذا مثله ولا يكون للمعوض أن يرجع في شيء من العوض لأن مقصوده قد حصل حتى سقط حق الواهب عن الرجوع في الكل ولا يرجع على صاحبه أيضاً بشيء سواء عوضه بأمره أو بغير أمره وكذلك لو عوضه أجنبي عن الهبة شيئاً أما إذا كان بغير أمره فلا يشك وإن كان بأمره فالتعويض لم يكن مستحقاً على الموهوب له فأنما أمره بأن يتبرع بمال نفسه على غيره وذلك لا يثبت له حق الرجوع عليه من غير ضمان ولأنه مالك للتعويض بدون أمره فلا معتبر بأمره فيه وهذا بخلاف الدين فإنه إذا كانت أمر انسانا بقضاء دينه يرجع عليه بما أدى لأن الدين كان معلوماً في ذمته وهو كان مطالباً به فقد أمره أن يسقط عنه المطالبة بمال يستحق عليه وأمره أن يملكه ما في ذمته بعوض ولو أمره أن يملكه عينا بعوض رجع عليه بما أدى فيه من ملك نفسه فهذا مثله وهنا لم يكن للواهب في ذمة الموهوب له ملك فالمعوض غير مملوك منه ولا هو مسقط عنه مطالبة مستحقة لأنه ما كان يستحق عليه العوض إنما كان للواهب حق الرجوع فقط والموهوب له كان متمكناً من إسقاط حقه بدون التعويض بأن يتصرف فيه فلهذا لا يرجع عليه المعوض بأمره إذا لم يضمن له ألا ترى أنه فيما هو فوق هذا لا يرجع بالأمر بدون الشرط نحو ما إذا قال كفر يميني من طعامك أو أد زكاة مالي بمالك فهذا أولى . قال (إذا عوض الموهوب له الواهب من هبته عوضاً فقال هذا عوض من هبتك أو ثواب من هبتك أو بدلها أو مكانها فهذا كله عوض) لأن الشرط في التعويض أن يضيف إلى الموهوب ليندفع به الغرر عن الواهب ويعلم الواهب أنه يعطيه جزاء صنعه وأتاماً لمقصوده وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ فأنما ينبغي الحكم على ما هو المقصود فإذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء فإن استحققت الهبة كان للمعوض أن يرجع في عوضه لأنه إنما عوضه لئيم سلامة الموهوب له بإسقاط حق الواهب في الرجوع وقد فات ذلك عليه باستحقاق الموهوب فيتمكن من الرجوع في العوض أو لأن المعوض كالواهب فإذا استحق الموهوب فلم يبق له بمقابلة هبته شيء فكان له أن يرجع بالهبة وإن كان المعوض هالكاً ضمنه قيمته وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يضمنه شيئاً لأن المعوض واهب وقبض الهبة ليس بقبض ضمان ولأنه تبين أنه بمنزلة الواهب ابتداء فيكون حقه في الرجوع مقصوراً على العين لحق الواهب ابتداء . وجه ظاهر الرواية أن المعوض إنما رضى بالتعويض لئيم له به سلامة الهبة فإذا استحق فقد

تمكن الخلل في رضاه فيجعل كما لو قبض الواهب بغير رضاه وهلك في يده فعليه ضمان القيمة
 ولأن الواهب عادله في هبة المستحق ولولا ذلك ما عوضه وللمغرور أن يدفع الغرر عن
 نفسه بالرجوع على الغار بما لحقه من الخسران . يوضحه أن التعويض لا يكون الا مضافاً الى
 الهبة وتمليك مضافاً الى بدل مستحق يكون فاسداً فتبين أن الواهب قبضه لنفسه بسبب
 فاسد وكان مستحق الرد عليه عند قيامه مضموناً بالقيمة بعد هلاكه وان استحق العوض كان
 للواهب أن يرجع في هبته اذا كانت قائمة بعينها لم تزد خيراً لأن التعويض بطل بالاستحقاق
 من الاصل فظهر الحكم الذي كان قبل التعويض . قال (وان استحق نصف الهبة كان للمعوض
 أن يرجع في نصف العوض اعتباراً للجزء بالكل وان استحق نصف العوض فليس للواهب
 أن يرجع في شيء من الهبة الا ان يشاء أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة فيكون له
 ذلك) وقال زفر اذا استحق نصف العوض فله أن يرجع في نصف الهبة اعتباراً للجزء بالكل
 واعتباراً للعوض بالهبة فانه لو استحق نصف الهبة كان له أن يرجع في نصف العوض فكذلك
 اذا استحق نصف العوض وهذا لان كل واحد منهما يصير مقابلاً بالآخر في حكم سلامته
 لصاحبه فهو كبيع العوض بالعوض اذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع
 على صاحبه بنصف ما يقابله . وجه قولنا ان المستحق يخرج من أن يكون عوضاً فيصير كأن لم
 يكن ولو كان عوضه في الابتداء نصف العبد لم يرجع في شيء من الهبة فكذلك هنا وهذا
 لان ما بقي يصلح أن يكون عوضاً عن الكل وانما يتمكن الخلل في رضاه الواهب فكان تأثيره
 في اثبات الخيار له فان شاء رد ما بقي ليدفع الضرر به عن نفسه وان شاء أمسك ما بقي ولم
 يرجع بشيء . فان قيل في الابتداء يجعل تمليك النصف عوضاً عن جميع الهبة فأما في الاستحقاق
 فهو قد يجعل تمليك الكل عوضاً عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصاً منه على أن النصف
 عوض نصف الهبة فلا يجوز أن يجعل بالاستحقاق النصف عوضاً عن الجميع . قلنا هذا
 مستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقيق المقابلة وهذا ليس بمبادلة على سبيل
 المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من آخر العوض يكون عوضاً عن
 جميع الهبة فلا يكون له أن يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء العوض له ثم الفرق بين
 استحقاق نصف العوض ونصف الهبة بهذا الحرف وهو أن المعوض ملك العوض الا جزأ فيعتبر
 حكم المقابلة في حقه فاذا استحق نصف الهبة من يده رجع بنصف العوض فأما الواهب

فقد ملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شيء ثم تأثير العوض في اسقاط حقه في الرجوع والجزء
 من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به * والحاصل ان للعوض شبهين شبه ابتداء الهبة
 من حيث ان العوض مختار فيه متبرع وشبه المبادلة له من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة
 فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل رجوع في الهبة ولشبهه بابتداء
 الهبة اذا استحق النصف لا يرجع في شيء من الهبة الا أن يرد ما بقي . قال (وسواء كان العوض
 شيئا قليلا أو كثيرا من جنس الهبة أو من غير جنسها) لان هذه ليست بمعاوضة محضة فلا
 يتحقق فيها الربا وانما تأثير العوض في قطع الحق وفي الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق
 في ذلك بين القليل والكثير اذا بينه للواهب ورضى الواهب به . قال (فان كانت الهبة ألف
 درهم والعوض درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب أن يرجع في
 الهبة وكذلك ان كانت الهبة دارا والعوض بيت منها) وعن زفر أن هذا يكون عوضا لان
 ملك الموهوب له قد تم في الموهوب بالتقبض والتحقق المقبوض بسائر أمواله فكما يصلح
 سائر أمواله عوضا عن الهبة قل ذلك أو أكثر فكذلك هذا . وجه قولنا ان مقصود الواهب
 بهذا لا يحصل لانا نعلم يقينا انه يهبه ألف درهم منه ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم
 لنفسه لان ذلك كان - الما له وسقوط حقه في الرجوع باعتبار حصول مقصوده بالهبة ولانه
 انما يجوز أن يجعل عوضا بالتراضي في الانتهاء ما يجوز ان يجعل عوضا شرطا في الابتداء
 فكذلك لا يستقيم أن يجعل عوضا في الانتهاء بخلاف مال آخر من ملك الموهوب له . قال
 (ولو ان نصرانيا وهب للمسلم هبة فعوضه المسلم منها خمر أو خنزيرا لم يكن ذلك عوضا) لما
 بينا أن هذا لا يصلح عوضا شرطا في الابتداء ولان العوض مملك ابتداء وتملك المسلم الخمر
 أو الخنزير من النصراني بالمقد بطل واذا بطل التعويض كان للنصراني ان يرجع في هبته .
 قال (عبد مأذون له في التجارة وهب لرجل هبة فعوضه من هبته كان لكل واحد منهما ان
 يرجع في الذي له) لان الهبة من العبد باطلة فانه غير منفك عنه الحجر بالتبرع وبالتعويض الهبة
 الباطلة لا تنقلب صحيحة وانما تأثير العوض في اسقاط حق الرجوع في هبة صحيحة واذا رجع
 العبد في الهبة لبطالها فلم يعوض أن يرجع في العوض لانه عوضه ليس له الهبة ولم يسلم . قال
 (وكذلك والد الصغير اذا وهب من مال ابنه شيئا لرجل فعوضه الموهوب له) لان هذا
 تعويض عن هبة باطلة . قال (فان كان الواهب هو الرجل فعوضه الاب من مال الصغير لم يجز

العوض) لانه ملك مال الصغير بالتبرع ابتداء وليس للاب ذلك في مال الولد وقد بينا أن
المعوض كالواهب ابتداء واذا لم يسلم العوض للواهب فله أن يرجع في هبته كما قبل التعميض .
قال (واذا تصدق الموهوب له على الواهب بصدقة أو نخله أو أعمره فقال هذا عوض من هبتك
فهو عوض لان المقصود قد حصل ولا معتبر لاختلاف العبارة بعد حصول المقصود فبأي
لفظ ملكه العوض أو أعلمه انه عوض من هبته فهو عوض . قال (رجل وهب لرجل عبداً
على أن يعوضه عوضاً يوماً أو اتفاقاً على ذلك ولم يقبض واحد منهما حتى امتنع أحدهما منه فله
ذلك فان تقابضاً جاز ذلك) بمنزلة البيع وليس لواحد منهما أن يرجع فيه وهذا مذهبنا
فان الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله ابتداء وانتهاء بيع وفي
أحد أقاويل الشافعي رضى الله عنه هو فاسد لان هذا شرط يخالف مقتضى العقد
فيكون مبطلا للعقد . وبيانه أن عقد الهبة عقد تبرع واشترط العوض فيه يخالف مقتضاه
وزفر رحمه الله تعالى يقول هذا تملك مال بمال شرطاً وكان بيعاً فاسداً ابتداء كما لو عقد
بلفظ البيع أو التملك وهذا لان في العقود يعتبر المقصود وعليه ينبنى الحكم . ألا ترى
أنه لو قال اشتريت منك كراً من حنطة صفقتها كذا بهذا الثوب وبين شرائط السلم يكون
سماً وان لم يذكر لفظ السلم . وانه لو وهب ابنته من رجل كان نكاحاً . ولو وهب امرأته من
نفسها كان طلاقاً . ولو وهب عبده من نفسه كان عتقاً . ولو وهب الدين ممن عليه كان ابراء
فاللفظ واحد ثم اختلف العقد لاختلاف المقصود . والدليل عليه أنه لو قال وهبت منك
منفعة هذه الدار شهراً بعشرة دراهم يكون اجارة يلزم بنفسه . وكذلك لو قال أعرتك والاعارة
تمليك المنفعة بغير عوض فاذا شرط فيه البذل كان اجارة فكذلك الهبة تملك الموهوب بغير عوض
فاذا شرط العوض يكون بيعاً والدليل عليه أن المكره على الهبة بشرط العوض لو باع كان مكرهاً
وكذلك المكره على البيع والتسليم اذا وهب بشرط العوض ولو لم يكن في الحكم سواء
لم يكن المكره على أحدهما مكرهاً على الآخر . وحجتنا في ذلك أن هذا تملك المال بلفظ
يخالف ظاهره معناه فيكون ابتداءه معتبراً بلفظه وانتهاءه معتبراً بمعناه كالهبة في المرض
فان ظاهره تملك في الحال بطريق التبرع ومعناه معنى الوصية فيعتبر ابتداءه بلفظه حتى يبطل
بعدم القبض ولا يتم مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وانتهاءه معتبر بمعناه حتى يكون من
الثلث بعد الدين وهذا لان الالفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب

اعتبار المعنى الا اذا تعذر الجمع للمنافاة ولا منافاة هنا فشرط العوض لا يكون أبلغ من حقيقة التعويض وبحقيقة التعويض لا ينتفى معنى الهبة بشرط العوض أولى بخلاف النكاح والطلاق والعناق فان هناك بين اللفظ والمعنى منافاة وقد وجب اعتبار المعنى فيسقط اعتبار اللفظ لذلك ثم انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم وأوانه بعد تمام العقد فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينقذ وعند التمام اعتبر المقصود وما تردد بين أصليين توفر حفظه عليهما فالمكاتب لما كان بمنزلة الحر من وجهه بمنزلة المملوك من وجهه اعتبر الشبهان * فأما لفظ الاعارة أو الهبة في المنفعة فقد حكى عن ابن طاهر الدباس قال كنفاني تدبر جواب هذه المسئلة فوجدت رواية عن أبي حنيفة أنه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم يقول هناك يتعذر اعتبار الجانبين لان المنفعة لا تبقى وقتين فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعا ابتداء معاوضة انتهاء بفعله معاوضة ابتداء بخلاف العين على ما قررناه. وأما مسئلة الاكراه قلنا المكروه مضار متعنت ومعنى الاضرار في حكم السبب لا في نفسه فلهذا استوفي في حقه البيع والهبة بشرط العوض ولهذا جعل الاكراه على الهبة اكراها على التسليم وبعد التسليم البيع والهبة بشرط العوض سواء * اذا ثبت هذا الاصل فنقول قبل التقابض العقد تبرع فان لكل واحد منهما أن يرجع عنه ولا يملك كل واحد منهما متاع صاحبه ما لم يقبضه ولا يجوز في مشاع يحتمل القسمة وبعد التقابض هو بمنزلة البيع فليس لواحد منهما أن يرجع فيه ويجب للشفيع به الشفعة ولكل واحد منهما أن يرد ما في يده ببيع ان وجد فيه كما هو الحكم في البيع وان استحق ما في يد احدهما يرجع على صاحبه بما في يده ان كان قائما وبقيته ان كان هالكا لانه ماضى بسقوط حقه عن متاعه الا بشرط سلامة العوض له فاذا لم يسلم رجع بمتاعه ان كان قائما وبما ليته ان كان هالكا. وكذلك لو كان الاستحقاق بعد موت احدهما وهو معنى ما ذكرنا من حديث أبي الدرداء رضى الله عنه فهو دين عليه في حياته وبعد موته . قال (رجل وهب لرجل ثوبا فغيره وسلمه اليه فأجاز رب الثوب جازت الهبة) لان الاجازة في الانتهاء بمنزلة الاذن في الابتداء من حيث انه يتم رضا المالك بها. ثم العاقد في الهبة يكون معبرا لا يتعلق به حقوق العقد والحيز يكون كال مباشر لعقد الهبة فله أن يرجع فيما لا يعوضه الموهوب له أو يكون ذا رحم محرم منه * وان عوض الرجل الذي وهب له أو كان بينهما قرابة لم يمنع ذلك رب الثوب من الرجوع لان العاقد معتبر كالرسول فلا معتبر بحاله وانما

المعتبر حال المالك فاذا لم يكن بينهما قرابة عرفنا أن مقصوده العوض ما لم ينل العوض كان له أن يرجع فيه . قال (رجل وهب لرجل خمسة دراهم وثوباً وقبض ذلك الموهوب له ثم عوضه الثوب أو الدراهم من جميع الهبة لم يكن ذلك عوضاً لانها هبة واحدة) وقد بينا أن عقد الشيء في عقد واحد لا يكون عوضاً ومعوذاً وقد علمنا ان هذا لم يكن مقصود الواهب في الهبة . قال (وان كانا في عقدين مختلفين في مجلس أو مجلسين فعوضه احدهما على الأخرى فهذا عوض تأخذه بالقياس) وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يكون عوضاً لاننا لم أن الواهب لم يقصد هذا فقد كان مملوكاً له فالمقد الواحد والمقدان في هذا المعنى سواء وجه ظاهر الرواية أن اختلاف العقد كاختلاف العين ويستقيم جعل احدهما عوضاً عن الآخر شرطاً عند اختلاف العقد فكذلك مقصوداً وقد يقصد الواهب هذا بأن يهب شيئاً ثم يحتاج اليه فيندم فيستقبح الرجوع فيه فيهب منه شيئاً آخر على أن يعوضه الاول فيحصل منه مقصوده ويندفع عنه مذمة الرجوع في الهبة . رأيت لو كان الاول منهما صدقة والاخر هبة فعوضه الصدقة عن الهبة أما كان ذلك عوضاً وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمه الله تعالى لو وهب نصف داره من رجل وتصدق عليه بنصفها وسلم السكك لم يجز في قول زفر لان اختلاف السبب كتفرق العقد والتسليم فكأنه وهب النصف وسلم ثم النصف وقال أبو يوسف رحمه الله التسليم حصل جملة واحدة بعقد هو تبرع كله فيجوز كما لو وهب السكك وهذا لان الفرق بين الصدقة والهبة في مقصود العوض في الصدقة المقصود الثواب دون العوض وفي الهبة المقصود العوض فأما في اخراج العين عن ملكه وتمليك القابض بطريق التبرع لافرق بينهما . قال (وان وهب له حنطة فطحن بعضها وعوض دقيق تلك الحنطة كان جائزاً) لان الدقيق حادث بالطحن وهو غير الحنطة ولهذا يكون مملوكاً للغاصب فكان تعويضه دقيق هذه الحنطة ودقيق حنطة أخرى سواء ولان حقه في الرجوع قد انقطع بالطحن فتعويضه اياه لا يكون رجوعاً فأما قبل الطحن حق الواهب في الرجوع ثابت والرد مستحق على الموهوب له اذا رجع فيه الواهب فيقع فعله على الوجه المستحق وعلي هذا لو وهب له ثياباً فصبغ منها ثوباً بعصفر أو خاطه قميصاً ثم عوضه أو كان وهب له سويقاً فلت بعضه ثم عوضه لان حقه في الرجوع قد انقطع بهذا الصنع والتحق هذا بسائر أموال الموهوب له فكما أنه لو عوضه مالا آخر كان ذلك عوضاً

فكذلك هذا المال . قال (واذا وهب للواهب شيئاً لم يقل هذا عوض من هبتك فلو اهاب
أن يرجع في هبته) لانه لما لم يصف تملكه الى هبته كان فعله هبة مبتدأة لاتعويضاً فبالكل
واحد منهما أن يرجع فيه ولان سقوط حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم
ذلك اذا بين له أنه عوض ويرضى به فأما بدونه لا يحصل المقصود * وان قال قد كافيتك هذا
من هبتك أو جازيتك أو أثبتك كان عوضاً) لان المقصود يحصل بهذه الالفاظ والغرور
يندفع . قال (وان عوض من نصف الهبة شيئاً كان له أن يرجع فيما بقي اعتباراً للبعض
بالكل) وهذا لان التعويض مما يحتمل التحرى في الموهوب فاذا أضاف العوض الى بعض
الهبة اقتصر حكمه عليه بخلاف الطلاق والنكاح فانه لا يحتمل التحرى في المحل ويجوز أن
يثبت حق الرجوع في النصف دون النصف ابتداء كمالو وهب منه النصف وتصدق عليه
بالنصف فلا أن يجوز ذلك بقاء أولى . قال (وليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض
الا أن يرد عليه الموهوب له فيجوز) لما بينا أن الرجوع في الهبة يختلف فيه بين العلماء رحمهم
الله منهم من رأى ومنهم من أبى وفي أصله وهى فيكون الفصل بينهما في القضاء والرضا لان
الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع ملكه والملك مطلق له ذلك فلا بد من اعتبار
قضاء القاضي بينهما . قال (ولو كانت الهبة عبداً فباعه الوهب له أو أعتقه قبل ان يقضى
به القاضي للواهب أجاز ما صنع الموهوب له فيه من ذلك) لان ملكه قائم ما لم يقض القاضي
عليه بالرجوع والملك في المحل منفذ للبيع فيه والعق إذا صدر من أهله في محله ينفذ ولا
يجوز ذلك ان فعله بعد قضاء القاضي عليه بالرد قبل أن يرد له لان قضاء القاضي عاد العبد الى
ملك الواهب وتصرف ذى اليد في ملك الغير لا يكون نافذا الا أن يحيز المالك . قال (وان
مات في يد الموهوب له قبل أن يقبضه الواهب بعد ما قضى القاضي له لم يكن للواهب ان
يضمنه قيمته) لان أصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه واستدامة الشيء معتبر
بأصله وكذلك منعه قبل قضاء القاضي منع بسبب ملكه فلا يكون موجبا للضمان عليه ولم
يوجد بعد القضاء في الموهوب سبب موجب للضمان عليه والضمان لا يجب بدون السبب
الا أن يكون منعه بعد القضاء وقد طلب منه الواهب فهذا المنع يتقرر بسبب الضمان وهو
قصر يد المالك عن ملكه بازالة تمكنه من أخذه وهو حد الغصب الموجب للضمان . قال
(فان كانت الهبة هالكة أو مستهلكة أو خارجة من ملك الموهوب له الى ولده الصغير أو

الى أجنبي بهبة أو غيرها أو زادت عنده خيراً فلا رجوع فيها للواهب) وقد بينا هذه الموانع والفرق بين زيادة العين وزيادة السعر وبين الزيادة في البدن والنقصان في حكم الرجوع قال (وان كانت الهبة داراً أو أرضاً فبني في طائفة منها أو غرس شجراً أو كانت جارية صغيرة فكبرت وازدادت خيراً أو كان غلاماً فصار رجلاً فلا رجوع له في شيء من ذلك) وقال ابن أبي ليلى له أن يرجع في جميع ذلك لأن حق الرجوع كان ثابتاً في الأصل فيثبت في البيع فإن ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الأصل ولا يجوز أن يبطل الحكم الثابت في الأصل بسبب المنع ولكننا نقول حق الرجوع للواهب مقصور على الموهوب بعينه فلا يثبت فيما ليس بموهوب تبعاً كان أو أصلاً وهنا الحق في الأصل ضعيف وحق صاحب الزيادة في الزيادة قوى فإذا تعذر التمييز بينهما رجحنا أقوى الحقين وجعلنا الضعيف مرفوعاً بالقوى والبناء في بعض الأرض كالبناء في جميعها لأن البناء في جانب من الأرض يعد زيادة في جميع الأرض ألا ترى أنه يزداد به مالية الكل وهذا إذا كان ما بني بحيث يعد زيادة فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصاناً كالتنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه. قال (وان كانت الهبة داراً فهدم بناءها كان له أن يرجع في الأرض) وكذلك في غير الدار إذا استهلك بعض الهبة يبيع أو غيره وبقي بعضها كان له أن يرجع في الباقي اعتباراً للبعض بالكل وهذا لأن ما فعله من هدم البناء نقصان في الأرض وليس بزيادة. قال (وان كانت الهبة ثوباً فصبغه أحمر أو أصفر وخاطه لم يكن له أن يرجع فيه) لأن ما فعله زيادة وصف قائم في العين ولو قطعه ولم يخطه فله أن يرجع فيه لأن القطع قبل الخياطة نقصان * ولم يذكر ما لو صبغه أسود والجواب * أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى له أن يرجع فيه لأن السواد عنده نقصان. وعندهما ليس له أن يرجع وقد بينا المسئلة في كتاب الغصب. قال (واذا وهب ديناً له عليه فقبله لم يكن له أن يرجع فيه) لانه سقط عنه فإنه قابض للدين بذمته فيملك بالقبول ومن ملك ديناً عليه سقط ذلك عنه والساقط يكون متلاًشياً فلا يتحقق الرجوع فيه كما لو كان عيناً فهلك عنده. قال (فإن قال الموهوب له مكانها لا أقبلها فالدين عليه بحاله) والحاصل أن هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم إلا بالقبول والابراء يتم من غير قبول ولكن للمدين حق الرد قبل موته إن شاء الله وعن زفر رحمه الله أنه يسوي بينهما وقال تم الهبة والبراء قبل القبول بناء على أصله أنه

يعتبر ماهو المقصود والمقصود في الوجهين الاسقاط دون التملك لان ما في الذمة ليس بمحل
للتملك ولكنه مجرد مطالبة يحتمل الاسقاط ولكن عند زفر رحمه الله ان رده المديون صح
رده في الوجهين جميعا وكان ابن شجاع رحمه الله يقول لا يعمل رده لان الاسقاط يتم بالمسقط
والمسقط يكون متلاشيا فلا يتصور فيه الرد وقاس ذلك بالطلاق والعناق والعفو عن القصاص
ولكننا نقول الدين مملوك للطالب في ذمة المديون فيكون قابلا للتملك بملك العين ويجعل
ذلك في الحكم كانه ذلك الدين خصوصا في السلم والصرف فاذا ثبت انه قابل للتملك والهيئة
عقد تملك فاذا ذكر لفظ الهيئة وجب اعتبار معنى التملك فيه والتملك لا يتم بالملك قبل قبول
الآخر لان أحدا لا يملك ادخال الشيء في ملك غيره قصد أمن غير قبوله وهو محتمل للاسقاط
أيضا لانه في الحقيقة ليس الا مجرد حق المطالبة وبراء اسقاط اذا ذكر لفظ البراء وكان
تصرفه اسقاطا والاسقاط تصرف من المسقط في خالص حقه فهذا يتم بنفسه ولكنه يتضمن
معنى التملك من وجه لما بينا ان الدين مملوك في ذمته فانما يسقط عنه اذا ملكه فلا اعتبار هذا
المعنى قلنا له أن يرده بخلاف الطلاق والعناق فانه اسقاط محض لا يتضمن معنى التملك حتى
ان البراء لو كان اسقاطا محضا لم يرد بالرد أيضا وهو ابراء الكفيل فانه اسقاط محض
لان الدين يبقى على الاصل على حاله فلا يرد برد الكفيل والهيئة من الكفيل تملك منه حتى
يرجع على المكفول عنه فلا يتم الا بقبوله فان كان الموهوب له غائبا ولم يعلم بالهيئة حتى مات
جازت الهيئة وبريء مما عليه وهذا استحسان فأما في القياس لا يبرأ فأصله في الموصى له اذا
مات بعد موت الموصى قبل قبوله في القياس تبطل الوصية لانه قبل القبول لم يملك وانما يخلفه
وارثه في ملكه بعد موته . وفي الاستحسان جعل موته بمنزلة القبول فكذلك هنا في
الاستحسان يجعل موت الموهوب له بمنزلة قبوله . قال (وان وهبه له وهو معه قائم فسكتا حتى
افترقا جازت الهيئة) وهذا استحسان أيضا فان سكوته عن الرد دليل على رضاه بالهيئة منه عرفا
ودليل الرضا كصريح الرضا ألا ترى ان السكوت من البكر جعل اجازة لعقد الولي استحسانا
فهذا مثله ومن مشايخنا رحمهم الله من بنى الجواب في هذا الفصل على الظاهر ويقول هبة الدين
ممن عليه الدين بمنزلة البراء يتم بنفسه من غير قبول وان كان له حق الرد فيها فالموت قبل
الرد يبطل حقه في الرد ويبقى تاما في نفسه وكذلك بالسكوت حتى افترقا ينعدم الرد فتبقى
الهيئة تامة ولكن الاول وهو الفرق بين الهيئة والبراء من حيث المعنى أصح ويتضح ذلك

في الفرق بين ابراء الكفيل وبين هبة الدين منه . قال (رجل وهب لرجل هبة وقبضها
 الموهوب له ثم وهبها الموهوب له لآخر وسلمها اليه ثم رجع فيها أوردتها عليه الآخر
 فللواهب الاول ان يرجع فيها) أما اذا رجع فيها بقضاء القاضي فلان القاضي يفسخ بقضائه
 العقد الثاني فيعود الى الاول ملكه المستفاد بالهبة من الاول وقد كان حق الرجوع ثابتا له
 في ذلك الملك وما سقط بزواله تعذر استيفاؤه لانعدام محله فاذا عاد المحل كما كان عاد حقه في
 الرجوع وان رده عليه بغير قضاء القاضي فكذلك عندنا وقال زفر رحمه الله ليس الاول ان
 يرجع لان هذا ملك حادث له ثابت بتراضيهما فهو بمنزلة ماله وهبه له ابتداء أو تصدق
 به عليه أو وصى به له أو مات فورته والدليل عليه انه لو رده في مرضه بغير قضاء ومات من
 ذلك المرض اعتبر من ثلثه . والدليل على الفرق بين القضاء والرضا الرد بالعيب فانه اذا كان
 بقضاء القاضي كان فسخا وان كان بغير قضاء فهو كالبيع المبتدأ ولكننا نقول حق
 الواهب في الرجوع مقصور على العين وفي مثله القضاء وغير القضاء سواء كالاخذ بالشفعة
 وهذا لانهما فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أن لو رفا الامر اليه وانما يكون التراضي
 موجبا ملكا مبتدأ اذا تراضيا على سبب موجب للملك منه كالهبة والصدقة والوصية وهنا
 تراضيا على دفع السبب الاول وذلك لا يصح موجبا ملكا مبتدأ بخلاف الرد بالعيب فحق
 المشتري ليس في عين الرد بل بالمطالبة في الجزء الثابت ولهذا لو تعذر الرد رجع بمحصة العيب
 من الثمن وهنا حق الواهب في فسخ العقد مقصور على العين . قال (واذا رجع في مرض
 الموهوب له فقيه روايان كلاهما في الكتاب) في احدي الروايتين قال يعتبر من جميع ماله وذکر
 ابن سعاة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله وفي الاستحسان يعتبر من
 الثلث لالانه تملك ابتداء ولكن الراد في مرضه باختياره يتم بالقصد الى ابطال حق الورثة
 كما تعلق حقهم به فلرد قصده جعل معتبرا من ثلثه . قال (رجل وهب عبدا لرجلين فله أن يرجع
 في نصيب أحدهما وكذلك ان جعل نصيب أحدهما هبة ونصيب الآخر صدقة كان له أن
 يرجع في الهبة اعتبارا للجزء بالكل) وهذا في العبد غير مشكل فان الشيوع فيما لا يحتمل
 القسمة لا يمنع ابتداء الهبة فكذلك الرجوع . وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها الجواب
 كذلك وهو دليلنا على زفر فان الرجوع بغير قضاء القاضي لو كان بمنزلة الهبة ابتداء لما صح في
 مشاع يحتمل القسمة وحيث صح عرفنا انه فسخ وأن العقد يبقى في النصف الآخر فيكون

ذلك شيوعاً طارئاً ولا أثر للشيوع الطارئ في الهبة . والدليل عليه أن بالرد بالتراضي يعود الملك الى الواهب قبل القبض وابتداء الهبة لا يوجب الملك الا بالقبض وهو الدليل على أن الشيوع لا يمنع منه لان تأثير الشيوع في المنع من اتمام القبض فلا يؤثر فيما لا يشترط فيه القبض قال (فان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عتق المكاتب أو عجز فله أن يرجع في الهبة في قول أبي يوسف) وقال محمد فله أن يرجع فيها اذا عتق وليس له أن يرجع فيها اذا عجز فلا خلاف ان قبل العتق والعجز له أن يرجع فيها . وفيه نوع اشكال فالمكاتب فقير والهبة من الفقير صدقة ولا رجوع فيها . قال (ولكننا نقول المكاتب فقير ملكا ولكنه غني يدآ وكسبا فالهبة منه لا تنفك عن قصد العوض إما بمنافعه أو كسبه كالهبة من العبد فله أن يرجع فيها اذا لم ينل العوض وكذلك بعد العتق لان حق الرجوع ثبت له في ملك المكاتب فقد تقرر ذلك بعقده فأما اذا عجز فالاصل عند أبي يوسف ان عجز المكاتب يقرر ملك المولى في كسبه كما أن عتقه يقرر ملكه لان لكل واحد منهما حق الملك في الكسب وعند محمد عجز المكاتب ناقل للملك من كسبه الى مولاه بمنزلة موت الحر فكما أن موت الحر الموهوب له يقطع حق الواهب في الرجوع فكذلك عجز المكاتب والدليل على الفرق أن المكاتب اذا استبرأ جارية محيضة ثم عتق فليس عليه فيها استبراء جديد ولو عجز كان على المولى أن يستبرئها وستقرر هذا الاصل في كتاب الاجارات إن شاء الله تعالى . قال (فان كان المكاتب أخ الواهب لم يرجع فيها في حال قيام الكتابة ولا بعد عتقه لان الحق للمكاتب والمانع من الرجوع وهو الاخوة بينهما قائم وبعد العجز كذلك عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف يرجع فيها بعد العجز لانه يقرر الملك للمولى والمولى أجنبى عنه وقد بينا أنه لو وهب لاختيه وهو عبد كان له أن يرجع فيها والمكاتب بعد العجز بمنزلة العبد وكان أبو يوسف يعتبر معنى قطيعة الرحم بسبب المنازعة في الرجوع فيقول قبل العجز خصومته في الرجوع مع المكاتب فيؤدي الى قطيعة الرحم وبعد العجز خصومته مع المولى وليس فيه قطيعة الرحم ولان هبته تنفك عن قصد العوض مادام الحق فيها لقريبه فاذا تقرر الحق لاجنبى لم ينفك عن قصد العوض . قال (رجل وهب لرجل أرضاً فبنى فيها الموهوب له ثم أراد الرجوع فيها وخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له فعادت كما كانت فللواهب أن يرجع فيها لزوال المانع وهو البناء) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى عبداً علي انه بالخيار ثلاثة أيام فم العبد في الايام

الثلاثة وخاصمه في الرد فأبطل القاضي حقه للحمي ثم أقلعت قبل مضي الايام الثلاثة ليس له أن يرده لان هناك حقه في الخيار بمرض السقوط حتى يسقط باسقاطه فكذلك يسقط بقضاء القاضي وهناحق الواهب في الرجوع ليس بمرض السقوط حتى لا يسقط باسقاطه فكذلك القاضي لا يسقط بقضائه حقه في الرجوع ولكن يكف عن القضاء بالرجوع لتعذر ذلك بسبب البناء فاذا زال ذلك فقد زال المانع وحقه قائم وكان له الرجوع فيها يوضحه أن السبب هناك للفسخ عدم لزوم العقد بقضائه يصير لازماً لان صفة اللزوم تليق بالبيع وهنا السبب كون العقد تبرعاً ويمكن الخلل في مقصوده وهو العوض وبقضائه لا يرتفع هذا السبب فكان له أن يرجع اذا زال المانع . قال (رجلان وهما لرجل عبداً وقبضه ثم أراد أحدهما أن يرجع في حصته والآخر غائب فله ذلك) لان كل واحد منهما مباشر للتصرف في نصيب نفسه فيكون متمكناً من الرجوع فيه كما لو انفرد بهبة نصيبه . قال (واذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وقال الموهوب له أنا أخوك أو قال قد عوضتك أو قال انما تصدقت بها على وكذبه الواهب فالقول قول الواهب) لان السبب المثبت لحق الواهب في الرجوع ظاهر والموهوب له يدعي المانع فالقول فيه قول المنكر * ثم اذا قال تصدقت على فالتملك من جهة الواهب اتفاقهما والقول قول المملك في بيان سبب التملك واذا قال عوضتك فهو يدعي تسليم شيء من ماله اليه وهو منكر واذا قال أنا أخوك فالأخوة لا تثبت بمجرد دعواه ولا يتبين به أنه لم يكن قصد الواهب العوض . قال (وان كانت الهبة خادماً فقال وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت عندي وازدادت خيراً وكذبه الواهب فالقول قول الواهب عندنا) وقال زفر القول قول الموهوب له لانه مالك لها في الحال وهو منكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها فيكون القول قوله كما اذا كان الموهوب ارضاً وفيها بناء أو شجر وقال الواهب وهبتها لك وقال الموهوب له لم يكن فيها بناء ولا شجر حين وهبتها فالقول قول الموهوب له . ولكننا نقول الموهوب له يدعي تاريخاً سابقاً في الهبة والهبة حادثة فن يدعي فيها تاريخاً سابقاً لا يقبل قوله الا بحجة ثم ليس فيها زيادة من غيرها وحق الواهب ثابت في عينها باتفاقهما فكان الموهوب له يدعي انتفاء حقه من الزيادة المتولدة من العين مثل السمن والكبر بخلاف البناء والشجر فانه غير متولد من الارض ولكنه ملك مبتدأ للموهوب له في الحال وهو ينكر تملكه من جهة الواهب وثوب حقه فيه . يوضح الفرق أن البناء من وجه أصل حتى يجوز افراده بالبيع

فالظاهر فيه شاهد للموهوب له دون الواهب والسمن والكبر وصف وهو بيع محض وثبوت الحق في البيع بثبوتة في الاصل فكان الظاهر شاهدا للواهب * وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله لو وهب له عبداً فعلمه الموهوب له الكتابة أو الخبز فليس للواهب أن يرجع فيه عند أبي يوسف وقال زفر له أن يرجع لانه لازيادة في عين الموهوب فهو كزيادة القيمة بتغيير السعر وقال أبو يوسف رحمه الله تعلم الكتابة والخبز معنى في العبد تزداد به ماله فهو بمنزلة السمن بخلاف زيادة السعر فان ذلك ينبنى على كثرة الرغائب فيه الا أن يكون معنى في العين. والدليل عليه ان صفة الكتابة والخبز يصير مستحقاً للمشتري بالشرط ويثبت له الخيار عند فواته بمنزلة صفة السلامة عند اطلاق العقد فيه يتبين أنه وصف في العين وكل شئ زاد فيه من غيره نحو الثوب يصبغه والسويق يلته والثوب يخطه فالقول فيه قول الموهوب له بمنزلة البناء والفرس وأما ما كان من حيوان فالقول فيه قول الواهب بمنزلة الكبر في الخادم. قال (واذا كانت الهبة جارية فولدت عند الموهوب له من زوج أو جفور فللواهب أن يرجع فيها دون الولد لان الولد ليس بموهوب وحق الرجوع مقصور على عين الموهوب والولادة في الجارية نقصان وقد بينا أن النقصان لا يمنع الرجوع والزيادة المنفصلة ليست كالزيادة المتصلة لان الاصل هناك لا يتميز عن الزيادة ليرجع فيها وهنا الزيادة منفصلة عن الاصل فله أن يرجع فيه وهذا بخلاف البيع فان بعد الزيادة المنفصلة هناك لورد الاصل ردها بجميع الثمن فيسلم له الولد مجاناً بحكم عقد المعاوضة وذلك في المعاوضات ربا وفي الهبة يسلم له الولد مجاناً وهذا غير ممتنع في التبرعات وقد كان الاصل سالماً له مجاناً. قال (واذا أراد الواهب الرجوع وهي حلي فان كانت قد ازدادت خيراً فليس له أن يرجع فيها وان كانت قد ازدادت شراً فله أن يرجع فيها) والجواري في هذا تختلف فمنهن من اذا حبلت سمعت وحسن لونها فكان ذلك زيادة في عينها فيمنع الرجوع ومنهن من اذا حبلت اصفر لونها ورق ساقها فيكون ذلك نقصاناً فيها فلا يمنع حق الواهب من الرجوع. قال (واذا وهب جارتين فولدت احدهما فعوضه الولد عنهما لم يكن له أن يرجع في واحدة منهما) لانه لاحق للواهب في الولد فهو كسائر املاك الموهوب له في صلاحية العوض فاذا عوضه عنهما ورضى به الواهب فقد تم مقصوده. قال (وان وهب له حديداً فضرب منه سيفاً أو غزلاً فنسجه أو وهب له دفاتر فكتب فيها لم يكن له أن يرجع فيها في شئ من ذلك أبداً) اما التبديل العين أو للزيادة

الحادثة في العين أو في ماله بفعله فان ذلك مانع من الرجوع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

❦ باب الرقي ❦

قال (رجل حضره الموت فقال دارى هذه حبيس لم تكن حبيساً وكان ذلك ميراثاً)
 لان قوله حبيس أى مجبوس فعيل بمعنى مفعول كالقتيل بمعنى المقتول ومعناه مجبوس عن
 سهام الورثة وسهام الورثة في ماله بعد موته حكم ثابت بالنص فلا يتمكن من ابطاله بقوله
 وهو معنى قول شريح لاحبيس عن فرائض الله تعالى وجاء محمد صلى الله عليه وسلم يبيع
 الحبيس . وكذلك ان قال دارى هذه حبيس على عقبي بعد موتى فهو باطل لان معناه مجبوس على
 ملكهم لا يتصرفون فيه بالازالة كما يفعله المالك وهو مخالف لحكم الشرع فكان باطلا . قال
 (ولو قال دارى هذه لك رقي فهو باطل فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
 رحمه الله هى هبة صحيحة اذا قبضها وكذلك لو قال لك حبيس) فأبو يوسف استدلل بحديث ابن
 الزبير عن جابر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقي والمعنى فيه أن
 قوله دارى لك تمليك صحيح وقوله حبيس أو رقي باطل فكانه لم يذكر ذلك يوضحه ان
 معنى قوله دارى لك رقي ملكتك دارى هذه فأرقت موتك لتعود الى فيكون بمنزلة العمرى
 فى معنى الانتظار والتعليق بالعود اليه دون التمليك فيبقى التمليك فى الحال صحيحاً . وحجتهم فى
 ذلك حديث الشعبي عن شريح رحمهما الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى ورد الرقي
 والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما . فنقول الرقي قد تكون من الارقاب وقد تكون
 من الترقب حيث قال أجاز الرقي يعنى اذا كان من الارقاب بان يقول رقبة دارى لك
 وحيث قال رد الرقي اذا كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك فأراقب موتى فان مت
 فى لك وان مت ففى لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك قبله وذلك باطل
 ثم لما احتمل المعنيان جميعاً والملك لذى اليد فيها يقينا فلا يزيله بالشك وانما يكون قوله دارى
 لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشئ أما اذا فسر ها بقوله رقي أو حبيس يتبين أنه ليس
 بتمليك كما لو قال دارى لك سكنى تكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم
 لذلك التفسير . قال (رجل قال لرجلين عبدى هذا لأطولكما حياة أو حبيس على أطولكما
 حياة فهذا باطل) لانه لا يراد بهذا اللفظ طول الحياة فيما مضى حتى لو كان احدهما شابا والآخر

شيخاً لا يتعين الشيخ بالتملك منه بهذا اللفظ ولكن المراد طول الحياة في المستقبل معناه
للذي يبقى منكم بعد موت الآخر فهو تعليق التملك بالخطر وهو معنى الرقي من حيث أنه يأمر
كل واحد منهما أن يراقب موت صاحبه لتكون الدار له وذلك باطل والله سبحانه وتعالى أعلم

باب الشهادة في الهبة

قال (واذا شهد شاهدان على الهبة ومعاينة القبض جازت الهبة) لان الثابت بالينة
كالثابت بالمعينة والهبة مع القبض سبب ملك تام وان شهدا على اقرار الواهب بالقبض وهو
يحجده لم تجز شهادتهما في قول أبي حنيفة الاول ثم رجع فقال الشهادة جائزة وهو قول أبي
يوسف ومحمد رحمهما الله والصدقة والرهن على الخلاف أيضاً. وجه قوله الاول ان تمام هذه
العقود بقبض يوجد وهو فعل لا قول والاقرار يحتمل الصدق والكذب والمخبر به اذا كان
كذبا فبالاخبار لا يصير صدقا وما لم يكن موجوداً من القبض فباقراره لا يصير موجوداً
فظهر أن هذه الشهادة ليست بما هو سبب ملك تام. وجه قوله الآخر ان القبض في هذه
العقود لا يكون أقوى من القتل والغصب ثم فعل القتل والغصب كما يثبت بالشهادة على
معاينته يثبت بالشهادة على الاقرار به وهذا لان الثابت من الاقرار بالينة كالسموع من المقر
في مجلس الحكم. ولو أقر الخصم بأنه وهبه وسلمه اليه قضي بالملك له فكذلك اذا ثبت
اقراره بالينة. قال (وان كان العبد في يد الموهوب له فشهد على اقرار الواهب بالهبة والقبض
جازت الشهادة كما لو سمع القاضي اقراره بذلك وكذلك ان كان العبد في يد الواهب فآقر
عند القاضي أنه وهبه منه وسلمه اليه أخذ باقراره) لان كون العبد في يده لا ينافي ما أقر به من
الهبة وقبض الموهوب والمقر يعامل في حق نفسه كأن ما أقر به حق وفرق أبو حنيفة على
القول الاول بين ما اذا أقر بنفسه وبين ما اذا شهد الشهود على اقراره لان الاقرار موجب
بنفسه من غير قضاء والشهادة لا توجب الا بقضاء القاضي والقاضي لا يقضي الا ان يشهدوا
بسبب ملك تام. قال (واذا استودع الرجل رجلاً ودیعة ثم وهبها له ثم حجده فشهد بذلك
عليه شاهدان ولم يشهدا بالقبض فهو جائز) لان العقد يثبت بالينة وقبضه معلوم بالمعينة
فيتم به سبب الملك. قال (فان حجده الواهب أن تكون في يده يومئذ وقد شهد الشهود على
الهبة ولم يشهدوا على معاينة القبض ولا على اقرار الواهب والهبة في يد الموهوب له يوم

تخاصم الي القاضى فذلك جائز اذا كان الواهب حياً) لانه في الحال قابض وقد أثبت عقده بالبينة فيجعل قبضه صادراً عن ذلك العقد لان القبض حكم العقد أو متمم للعقد الذى هو سبب الملك والثابت من العقد بالبينة كالثابت معاينة فكما يجعل القبض هناك متمماً للسبب فكذلك هنا ولكن هذا اذا كان الواهب حياً فان كان ميتاً فشهادتهما باطلة لان الملك في الحال للوارث فلا يكون اثبات العقد على الواهب بعد موته سبباً للملك ألا ترى انه مادام الواهب حياً اذا قبض الموهوب باذنه تتم الهبة ويملكه بعد موته لا يملكه بالقبض وان كان قد أذن له في ذلك الا أن يشهدا على أنها كانت في يده في حياة الواهب أو على اقرار الواهب بذلك فيثبت الملك للموهوب له لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة . قال (رجل وهب لرجل عبداً وقبضه الموهوب له ثم جاء رجل وأقام البينة انه كان اشتراه من الواهب قبل الهبة والقبض أبطلت الهبة) لانه أثبت الشراء من الملك والشراء يوجب الملك بنفسه فتبين به أنه وهب وسلم مالا يملك . قال (فان شهدوا على الشراء ولم يذكروا انه كان قبل الهبة فهو للموهوب له) لانه في يده والاستحقاق له ثابت باعتبار يده وليس في هذه الهبة ما يوجب الاستحقاق عليه لان شراءه محتمل فانه لو كان قبل الهبة ثبت استحقاقه وان كان بعد الهبة لا يثبت وبالا احتمال لا يثبت الاستحقاق * وكذلك ان أرخ شهود الشراء شهراً أو سنة لان اليد للموهوب له معاين وهو دليل سبق عقده فان تمكنه من القبض دليل يدل على ذلك والتاريخ في حق الآخر مشهود به وليس الخبر كالمعاينة . فان كان العبد في يد الواهب فأقام الموهوب له البينة انه وهبه له وقبضه قبل الشراء وأقام المشتري البينة انه اشتراه قبل الهبة وقبضه فالعبد لصاحب الشراء لان سبب ملكه أقوى من حيث ان الشراء يوجب الملك بنفسه وانه عقد ضمان وانه يوجب الملك في البدلين وعند المعاوضة يترجح أقوى السببين فان الضعيف مدفوع بالقوى ولا يظهر عند المقابلة بالقوى . قال (رجل وهب لرجل متاعاً ثم قال انما كنت استودعك فاقول قول صاحب المتاع مع اليمين) لان المستودع يدعي تملك العين عليه بسبب وهو منكر فعليه أن يثبت السبب بالبينة والقول قول المنكر مع اليمين فاذا حلف أخذ المتاع وان وجدته هالكاً فان كان قد هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة فهو ضامن للقيمة لانه بدعوى التملك بالهبة يكون جاحداً للوديعة والمودع يضمن الوديعة بالجحود ولانه صار مفقوتاً لليد الحكيمة التي كانت للمودع حين زعم انه قابض لنفسه متملك فكان ضامناً للقيمة لهذا

﴿ فان قيل ﴾ هذا أن لو ثبت الإيداع ﴿ قلنا ﴾ لا حاجة الى ذلك بقبض مال الغير لنفسه
 علي وجه التملك موجب للضمان الا أن يثبت تملك من صاحبه اياه ولم يثبت ذلك والله
 سبحانه وتعالى أعلم

باب الصدقة

قال (الصدقة بمنزلة الهبة في المشاع وغير المشاع وحاجتها الى القبض) وقد بينا اختلاف
 ابن أبي ليلى فيها الا أنه لا رجوع في الصدقة اذا تمت لان المقصود بها نيل الثواب وقد
 حصل وانما الرجوع عند تمكن التملك فيما هو المقصود ويستوى ان تصدق على غني أو فقير
 في انه لا رجوع له فيها . ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء انما
 يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى ان في حق الفقير جعل الهبة والصدقة سواء في ان
 المقصود الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع
 في الهبة فكذلك في الصدقة ولكننا نقول ذكره لفظ الصدقة يدل على انه لم يقصد العوض
 ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال الممتلك * ثم التصديق على الغني يكون قرينة يستحق بها
 الثواب فقد يكون غنياً يملك نصاباً وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا النيل
 الثواب ألا ترى ان عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه ولا رهن
 ولا رجوع فيه بالاتفاق فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه . قال (رجل
 تصدق على رجل بصدقة وسلمها اليه ثم مات المتصدق عليه والمتصدق وارثه فورثه تلك
 الصدقة فلا بأس عليه فيها) بلغنا في الاثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلاً تصدق
 بصدقة ثم مات المتصدق عليه فورثه النبي صلى الله عليه وسلم من تلك الصدقة والحديث فيه
 ما روى ان طلحة رضي الله تعالى عنه تصدق على أمه بحديقة ثم ماتت قال صلى الله عليه وسلم
 ان الله تعالى قبل منك صدقتك ورد عليك حديقتك وفي المشهور ان النبي صلى الله عليه وسلم
 قال لا تحل الصدقة لغني الا بخمسة وذكر من جملتها رجلاً تصدق بصدقة ثم مات المتصدق عليه
 فورث تلك الصدقة . قال (رجل قال في صحته جعلت غلة دارى هذه صدقة للمساكين ثم مات
 أو قال دارى هذه صدقة في المساكين ثم مات قال هي ميراث عنه) لأنها صدقة لم تتصل بهذا
 القبض ولان هذا اللفظ منه بمنزلة النذر سواء التزم الصدقة بعينها أو بغيرها والمندور لا يزول

عن ملكه قبل تنفيذ الصدقة فيه وانما عليه الوفاء بنذره حقاً لله تعالى ولهذا يفتي به ولا يجبر عليه في الحكم ومثله لا يمنع الارث فلا يبقى بعد الموت وان كان حياً وتصدق بقيمتها أجزأه لان ما لزمه من التصديق في عين مال بالتزامه معتبر بما أوجب الله تعالى عليه وهو الزكاة والواجب هناك يتأدى بالقيمة كما يتأدى بالعين فهذا مثله لان المقصود في حق المتصدق عليه اغناؤه وسد خلته. قال (فان قال جميع ما أملك صدقة في المساكين فعليه أن يتصدق بجميع ما يملك من الصامت وأموال السوائم وأموال الزكاة ولا يتصدق بالعقار والرقيق وغير ذلك استحساناً) وفي القياس عليه أن يتصدق بجميع ذلك وهو قول زفر رحمه الله وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله ان في قوله جميع ما أملك تصديق بالكل قياساً واستحساناً وانما القياس والاستحسان في قوله مالى صدقة أو جميع مالى صدقة والاصح انهما سواء. وجه القياس ان اسم الملك حقيقة لكل مملوك له واسم المالك لكل ما يملكه الانسان ومال الزكاة في ذلك وغير مال الزكاة سواء ألا ترى أن في الارث والوصية بالمال يستوي فيه ذلك كله وهذا لان اللفظ معمول به في حقيقته ما أمكن ولكنه استحسن فقال انما ذكر المال والمالك عند ذكر الصدقة فيختص بمال الزكاة بدليل شرعي وهو ان ما يوجب عليه نفسه معتبر بما أوجب الله سبحانه وتعالى عليه والله تعالى أوجب الحق في المال ولذلك يختص بمال الزكاة فكذلك ما يوجب عليه نفسه بخلاف الوصية وهذا لان الصدقة شرعاً انما تكون عن غنى قال صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى والغنى شرعاً يختص بمال الزكاة حتى لا يكون مالك العقار والرقيق لغير التجارة غنياً شرعاً فهذا الدليل تركنا اعتبار حقيقة اللفظ وأوجبنا عليه التصديق بمال الزكاة وبخلاف الوصية والميراث فان ذلك خلافه والحاجة اليه في مال الزكاة وغير مال الزكاة سواء ثم يمسك من ذلك قوته فاذا أصاب شيئاً بعد ذلك تصديق بما أمسك لان حاجته في هذا القدر مقدمة اذ لو لم يمسك احتاج أن يسأل الناس ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته ولم يبين في الكتاب مقدار ما يمسك لان ذلك يختلف بقلة عياله وكثرة عياله. وقيل ان كان محترفاً فاما يمسك قوت يوم وان كان صاحب غلة أمسك قوت شهر وان كان صاحب ضياع أمسك قوت سنة لان يد الدهقان الى ما ينفق انما تتصل سنة فسنة ويد صاحب الغلة شهراً فشهر ويد العامل يوماً فيوماً. قال (رجل وهب للمساكين هبة ودفعها اليهم لم يرجع فيها استحساناً وفي القياس يرجع) لانه ملكه بطريق الهبة وفي أسباب الملك الغنى والفقر سواء

كالبائع وغيره . وجه الاستحسان أن قصده بالهبة من الفقير الثواب دون العوض اذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداء العوض ولما اختار الفقير مع عجزه عن أداء العوض عرفنا أن مقصوده الثواب وقد نال ذلك . قال (وكذلك ان أعطى سائلا أو محتاجا على وجه الحاجة) فان العطية بمنزلة الهبة وانما قصده بفعله سدخلة المحتاج وذلك يفعل لا بتغاء مرضاة الله تعالى ونبل ثوابه وهو معنى ما روي عن عمر رضي الله عنه من وهب هبة لصلة رحم أو علي وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها . قال (رجل جعل في داره مسجداً يصلي فيه الناس ثم مات قال هو ميراث لورثته) لانه لم يميزه عن ملكه فيكون هذا بمعنى صدقة المشاع . ثم الاصل في المساجد المسجد الحرام وهذا ليس في معنى ذلك لان ذلك يدخله من شاء من كل جانب وهذا ملكه محيط بكل جانب منه فلا يتمكن أحد من الدخول فيه بغير اذنه . فان كان أخرجه من داره وعزله وجعله مسجداً وأظهره للناس ثم مات فهو مسجد لا يورث وقد بينا تمام هذا الفصل في كتاب الوقف . قال (وان بنى على منزله مسجداً وسكن أسفله أو جعله سرداباً ثم مات فهو ميراث) وكذلك ان جعل أسفله مسجداً وفوقه مسكناً لان المسجد ما يحرز أصله عن ملك العباد وانتفاعهم به على قياس المسجد الحرام وذلك غير موجود فيما اتخذ حين استثنى العلو أو السفلى لمنفعة نفسه * وعن محمد قال ان جعل السفلى مسجداً جاز وان جعل العلو مسجداً دون السفلى لا يجوز لان المسجد ماله قرار وتأيد وذلك في السفلى دون العلو . وعن الحسن بن زياد رحمه الله أنه اذا دخل العلو مسجداً والسفلى مستغلاً للمسجد فهذا يجوز استحساناً وعن أبي يوسف أن ذلك كله جائز رجوع اليه حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل بأهلها فجوز أن يجعل العلو مسجداً دون السفلى والسفلى دون العلو وهو مستقيم على أصله وقد بينا أنه يوسع في الوقف فكذلك في المسجد . قال (رجل وهب لمسكين درهما وسماه هبة ونواه من زكاته أجزاء) لما بينا ان في حق المسكين لفظة الهبة كلفظة الصدقة ولانه لا معتبر باللفظ في أداء الزكاة انما المعتبر الاعطاء بنية الزكاة ألا ترى أنه لو أعطاه ولم يتكلم بشيء كان ذلك زكاة له فلا يتغير ذلك الحكم بذكر الهبة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

باب العطية

(واذا قال الرجل لغيره قد أعمرت هذه الدار وسلمها اليه فهي هبة صحيحة) لحديث ابن

الزبير عن جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال امسكوا عليكم أموالكم لا تعمرونها فمن أعمر عمرى فهمي للمعمر له ولورثته بعده . وروى سلمة عن جابر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى للمعمر له ولعقبه بعده وقال عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى قطع قوله حقه يعنى قطع قوله وهبت لك عمرك حقه فى الرجوع بعد موته والمعنى فيه أنه ملكه فى الحال والوارث يخلفه فى ملكه بعد موته فشرط الرجوع إليه بعد الموت فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة . قال (وكذلك لو قال نحتك هذا الثوب أو أعطيتك هذا الثوب عطية فهذه عبارات عن تملك العين بطريق التبرع وذلك يكون هبة) وكذلك لو قال قد كسوتك هذا الثوب فإن هذا اللفظ لتمليك العين بدليل قوله تعالى أو كسوتهم فالكفارة لا تتأدى إلا بتمليك الثوب من المسكين ويقال فى العرف كسا الأمير فلانا أى ملكه * وإن قال حملتك على هذه الدابة كانت عارية لأن الحمل على الدابة إركاب وهو تصرف فى منافعها لا فى عينها فتكون عارية إلا أن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن هذا اللفظ قد يذكّر للتمليك يقال حمل الأمير فلانا على فرسه أى ملكه فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته . وكذلك لو قال قد أخذمتك هذه الجارية فهمى عارية لأن معناه مكنتك من أن تستخدمها وذلك تصرف فى منافعها لا فى عينها . وقال قد منحتك هذه الجارية أو هذه الأرض فهمى عارية لأن المنحة بدل المنفعة بغير بدل قال صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة والعارية مؤداة فيكون معنى كلامه جعلت لك منفعة هذه العين وهو نفس العارية . فإن قال قد أطعمتك هذه الأرض فإنما أطعمه غلتها والرقبي لصاحبها لأن عينها لا تطعم فمعناه أطعمتك ما يحصل منها فيكون تملكك بالمنفعة الأرض دون عينها وله أن يأخذها متى شاء يعنى إذا كانت فارغة فأما بعد الزراعة إذا أراد أن يستردها فإن رضى المستعير بأن يقطع زرعها ويردها فله ذلك وإن أبى تركت فى يده بأجرة مثلها إلى وقت إدراك الغلة لأنه محق فى زراعتها غير متعد فلا بد من مراعاة حقه بخلاف الناصب وإنما يعتدل النظر من الجانبين بأن تترك فى يده بأجر إلى إدراك الغلة وإن قال قد أطعمتك هذا الطعام فاقبضه فقبضه فهذه هبة لأن عين الطعام تطعم فاضافة لفظة الاطعام إلى ما يطعم عينه يكون تصرفا فى العين تملكيا بغير عوض وذلك يكون هبة . وكذلك لو قال جعلت هذه الدار لك فاقبضها لأن معنى كلامه ملكتك هذه الدار ألا ترى أن فى التملك بدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك

فكذلك في التملك بغير بدل * فان قال دارى لك عمرى سكنى فهذه عارية لان قوله سكنى تفسير لقوله عمرى والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم للتفسير . وبيان هذا وهو ان قوله لك عمرى يحتمل تملك عينها منه عمره ويحتمل تملك منفعتها فكان قوله سكنى تفسيراً أى لك سكنها عمرك وكذلك قوله نحلى سكنى . وقوله هبة سكنى أو سكنى هبة أو سكنى صدقة فهذا كله عارية لما بينا أن قوله سكنى تفسير للمحمل من كلامه ألا ترى أنه لو قال هى لك فاقبضها كانت هبة ولو قال هى لك سكنى كانت عارية وجعل قوله سكنى تفسيراً وكذلك اذا زاد لفظة العمرى والهبة والصدقة . وان قال هى لك هبة عارية أو هى عارية هبة فهى عارية قدم لفظة الهبة أو آخرها لانه محتمل لجواز أن يكون مراده هبة العين ويجوز أن يكون مراده هبة المنفعة وقوله عارية تفسير لذلك المبهم لانه فى نفسه محكم لا يتناول الا المنفعة فسواء قدمه أو أخره فالحكم له . وأن قال هى لك هبة اجارة كل شهر بدرهم أو اجارة هبة فهى اجارة فى الوجين لان لفظة الاجارة فى حق المحل محكم فانه لا يتناول الا المنفعة ولفظة الهبة تحتمل تناول العين تارة والمنفعة تارة أخرى فكان الحكم للفظ المحكم قدمه أو أخره وتمليك المنفعة ببدل معلوم الى مدة معلومة تكون اجارة . وان قال دارى هذه لك عمرى تسكنها وسلمها اليه فهى هبة لان قوله تسكنها ليس بتفسير لقوله عمرى فالفعل لا يصلح تفسيراً للاسم ولكنه مشورة أشار عليه فى ملكه فان شاء قبل مشورته وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان لمقصوده انه ملكه الدار عمره ليسكنها وهذا معلوم . وان لم يذكره فلا يتغير به حكم التملك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه . قال (وان قال وهبت لك العبد حياتك وحياته وقبضه فهى هبة جائزة) لانه ملكه فى الحال بقوله وهبت لك وقوله حياتك وحياته فضل من الكلام غير محتاج اليه فكان لغوا أو فيه إيهام شرط الرجوع اليه بعد موته وقد بينا ان هذا الشرط باطل . وكذلك لو قال أعمرتك دارى هذه حياتك أو أعطيتها حياتك أو وهبت لك هذا العبد حياتك فاذا مت فهى لى واذا مت أنا فهى لورثتى فهذا كله تملك صحيح فى الحال وشرط الرجوع اليه أو الى الورثة باطل . وكذلك لو قال هى هبة لك ولعقبك بعدك لانه ملك العين بأول كلامه وذكر العقب لغو واشتغال بما لا يفيد فهو يعلم ان عقبه من ورثته يخلفه فى ملكه وان قال اسكنتك دارى هذه حياتك ولعقبك بعدك فهذه عارية لانه صرح بلفظ الاسكان وهو تصرف فى المنفعة دون العين وقوله لعقبك بعدك عطف والعطف للاشتراك فمعناه

سكنها لعقبك من بعدك فهي هبة له وذ كر العقب لغو لان قوله هي لك تملك لعينها منه وبعد ماهلك عنها منه لا يبقى له ولاية ايجابها لغيره فكان قوله ولعقبك من بعدك لغو بخلاف الاول فان بعد ايجاب المنفعة له بطريق العارية يبقى له ولاية الايجاب لغيره فكان كلامه عارية في حقه وفي حق عقبه بعده وله أن يأخذها متى شاء . قال رجل وهب لرجل عبداً على أن يعتقه ويسلمه اليه فالهبة جائزة والشرط باطل لان شرط العتق عليه بعد تمام ملكه في الموهوب باطل ولكن الهبة لا تبطل بالشرط كما قلنا . قال رجل وهب لرجل عبداً مريضاً به جرح فداواه الموهوب له فبرأ لم يكن للواهب أن يرجع فيه للزيادة الحاصلة في العين عند الموهوب له وكذلك لو كان أصم أو أعمى فسمع وأبصر لانه زوال للعين فزوا له يكون بوجود ذلك الجزء والزيادة في العين تمنع الرجوع كما لو كان مهر ولم يسم . قال مريض وهب عبده لرجل ولا مال له غيره فتبعه الموهوب له فاعتقه أو باعه ثم مات من مرضه أو فعل ذلك بعد موت المريض قبل أن يقضي القاضي فيه بشيء فعتقه ويبيعه جائز لان تصرف المريض اذا كان على وجه يحتمل النقص بعد صحته فحكم بصحته في الحال لوجود العلة المطلقة للتصرف وهو الملك وكون المانع محتملاً لان المانع مرض الموت وهو ما يتصل به الموت ولا يدري أن مرضه هذا يتصل به الموت أم لا والموهوم لا يعارض المتحقق فحكم بنفوذ تصرفه لهذا ثبت الملك للموهوب له بالقبض وانما تصرف في ملكه بالبيع والعتق وكذلك ان كان تصرفه بعد موت المريض لان أكثر ما فيه أن الهبة فكت بموته في البعض أوفى الكل وفساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بقاءه بطريق الاولى الا ان يقضي القاضي عليه بالرد لاستغراق تركة الميت بالعين فينثذ يبطل ملكه بقضاء القاضي ولا ينفذ تصرفه بعد ذلك فأما قبل ذلك اذا نفذ تصرفه فهو ضامن قيمة العبد اذا كان على الميت دين مستغرق لتركته لان الهبة في المرض وصية فيتأخر عن الدين ولزمه رد العين لرد الوصية وقد تعذر رده باخراجه اياه من ملكه فكان ضامناً قيمته وان لم يكن عليه دين ولكن لا مال للميت سواء فقد بطلت الوصية في قدر الثلثين منه فيضمن ثلثي قيمته لورثة الميت وان كان الموهوب له معسراً وقد كان أعتق العبد فلا سبيل لغرماء الواهب ولا لورثته على العبد لان القيمة دين في ذمة الموهوب له لزمه باكتساب سببه وهو الاتلاف ودين الحر الصحيح في ذمته لا تعلق له بملكه وانما يجب على العبد السعاية بعد العتق في دين كان تعلق بما ليته قبل العتق

فان كان الموهوب له أعتقه وهو مريض ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين فعلى العبد السعاية في قيمته لان عتق الموهوب له اياه في مرضه وصية فيجب ردها للدين المستغرق عليه وقد تعذر رد الرقبة بالعتق فيجب عليه السعاية في قيمته وتكون تلك القيمة بين غرماء الموهوب له وغرماء الواهب يضرب فيه غرماء الموهوب له بديونهم وغرماء الواهب بقيمة العبد لا بديونهم لان تلك القيمة تركة الموهوب فيقسم بين غرمائه بحسب ديونهم عليه ودين غرماء الموهوب له كان عليه فأما دين غرماء الواهب أصله كان على الواهب وانما استوجبوا على الموهوب له مقدار قيمة العبد لا تلاف مالية الرقبة عليهم فهذا ضربوا بقيمة العبد وتعلق حق الفريقين بمالية العبد لان باعتبار مرض الموت له فهذا لا يقدم احدهما على الآخر . قال رجل وهب لرجل عبداً وسلمه فدبره فليس للواهب ان يرجع فيه لان بالتدبير يجب له حق العتق على وجه لا يمكن نقله من ملك الى ملك بعد ذلك فاعتبر ذلك بحقيقة العتق في المنع من الرجوع وان كاتبه ثم عجز فرد رقيقاً فله ان يرجع فيه لانه عادتنا كما كان وقد بينا ان بالكتابة لا يبطل حق الرجوع بل يتعذر المعنى في المحل فاذا زال ذلك صار كان لم يكن وان جنى العبد على الموهوب له فلو اهاب أن يرجع فيه والجناية باطلة لانه حين جنا كان مملوكاً للموهوب له وجناية المملوك على مالكة فيما يوجب المال تكون هدرًا وبالرجوع لا يتبين انه لم يكن مملوكاً له حين جنى فالرجوع من وجه ينهى الملك الاستفادة بالهبة ألا ترى انه لو وطئها الموهوب له ثم رجع فيها الواهب فلا عقر على الموهوب له بعد رجوع الواهب فيها وان كان الولد سلم للموهوب له بعد رجوع الواهب فيها فكذلك لا تعتبر جنايته عليه بعد رجوع الواهب وكذلك لو أبق العبد عند الموهوب له فردده راد فلو اهاب أن يرجع فيه لان الا باق عيب والنقصان لا يمنع الرجوع في الهبة والجعل على الموهوب له لانه رد عليه ملكه وانما يستوجب الجعل باحياء الملك بالرد فاذا أحياء ملك الموهوب له كان الجعل عليه . قال رجل وهب لرجل شجرة بأصلها فقطعها فله ان يرجع فيها قال أبو عصمة هذا غلط الا أن يريد بقوله بأصلها بعروقها ويأذن له في قطعها لان اتصال الموهوب بما ليس بموهوب في ملك الواهب في معنى الشروع فلا تتم الهبة الا بعد القطع واذا تمت الهبة فيها وهى مقطوعة فله ان يرجع فيها فأما اذا كان المراد بقوله بأصلها بعروقها من الارض وذلك معلوم مميز فالهبة تمت في الحال ثم القطع بعد ذلك يجعل الشجرة في حكم شئ آخر لانها كانت نامية وقد

صارت حطباً فليس له أن يرجع فيها ألا ترى انه قال لو قطعها فجعلها أبواباً أوجزوعاً لم يكن له أن يرجع فيها اذا عمل فيها شيئاً قل أو أكثر لانها الآن ليست بشجرة كما وهبها له وله أن يرجع في موضعها من الارض ولكن ماذا كره في الكتاب أصبح لان مجرد القطع في الشجرة نقصان وان كان يزيد في ماليتها فهو باعتبار رغائب الناس فيه بمنزلة الذبح في الشاة والنقصان في الموهوب لا يمنع من الرجوع بخلاف ما اذا جعلها أبواباً أوجزوعاً فذلك زيادة صفة حادثة في الموهوب بفعل الموهوب له فيمنعه من الرجوع فيها . قال ولو وهبها له بغير أصلها وأذن له في قبضها فقطعها وقبضها كان له أن يرجع فيها لان الهبة جازت وهي مقطوعة وفي الباب الأول جاز بالهبة وهي شجرة وهذا اشارة الى ما ذكره أبو عصمة انه بعد القطع لا يكون له أن يرجع فيها اذا تمت الهبة قبل القطع وانما يرجع فيها اذا كان تمام الهبة بعد القطع قال وان وهب له ثمرة في نخل وأذن له في قبضها كان له أن يرجع فيها لما بينا ان تمام الهبة اذا كان معرض الفصل . قال رجل وهب لرجل عبد افغى عبد الموهوب له جناية بلغت قيمته فقدها الموهوب له فلو اهاب أن يرجع في هبته لان بالفساد يظهر عن الجناية وعاد كما كان قبل الجناية ولم يتمكن في عينه زيادة فكان للواهب أن يرجع فيه ولا يرد على الموهوب له شيئاً من الفداء لانه فدى ملكه باختياره وقد بينا أن بالرجوع ينتهي ملكه المستفاد بالهبة وان رجع قبل أن يفديه كانت الجناية في عتق العبد يدفعه الواهب بها أو يفديه لان المستحق بالجناية نفس العبد واستحقاق نفسه بالجناية نقصان فيه فلا يمنع الواهب من الرجوع ثم برجوعه بقضاء القاضي ينعدم ملك الموهوب له بغير اختياره فلا يصير هو مستهلكاً ولا مختاراً ولكن الجناية تبقى في رقبة العبد فيخاطب مالكة بالدفع أو الفداء ومالكة الواهب في الحال فهو المخاطب بذلك كما لو مات مولى العبد الجاني فورثه وارثه . قال ولو وهبه ثوباً فشقه نصفين غطاه نصفاً قباه ونصفه الآخر على حاله كان له أن يرجع في النصف الباقي لان الشق نقصان في الثوب وخياطة القباه زيادة في النصف الذي حدثت الزيادة بفعله فيه تعذر الرجوع وقد بينا أن تعذر الرجوع في النصف لا يمنع من الرجوع في النصف الباقي وان قال وان وهب له شاة فذبحها كان له أن يرجع فيها لان الذبح نقصان في العين فان عمله في ازهاق الحياة قال وان ضحى بها أو ذبحها في هدى المتعة لم يكن له أن يرجع فيها في قول أبي يوسف وقال محمد يرجع فيها وتجزئه الاضحية والمتعة للذابح ولم يذكر قول أبي حنيفة

وقيل قوله كقول أبي يوسف أما محمد يقول ملك الموهوب له لم يزل عن عينها الذبح نقصان
 فيها فلا يمنع الرجوع فيما بقي كالشاة للقصاب وهذا لان معنى القرية في نيته وفعله دون
 العين والموجود في العين قطع الحلقوم والاداج سواء كان على نية اللحم أو نية القرية والذي
 حدث في العين أنه تعلق به حكم الشرع من حيث التصديق به وذلك لا يمنع الرجوع كرجوع
 الزكاة في المال الموهوب في يد الموهوب له بل أولى لان التصديق هنا ليس بمتمم حتى يكون
 له أن يأكله ويطعم من شاء من الاغنياء بخلاف الزكاة وأبو يوسف يقول في التضحية
 جعلها الله تعالى خالصاً وقد تم ذلك فلا يرجع الواهب فيه بعد ذلك كما لو كان الموهوب له أرضاً
 فجعلها مسجداً وبيان قولنا أن في التقرب باراقة الدم وقد حصل ذلك ألا ترى أنه لو سرق
 المذبوح أو هلك كان مجزئاً عنه وإباحة التناول منه بأذن من له الحق بقوله تعالى افطروا منها
 ألا ترى أنه يجوز له أن يتصرف فيها على غير الوجه المأذون فيه وهو بطريق التجارة
 ويمنع من ذلك ولو فعله كان ضامناً فعرّفنا أنه تم معنى التقرب به فيكون نظير هذا من
 الزكاة ما إذا أداها إلى الفقير بنية الزكاة وليس للواهب أن يرجع فيه بعد ذلك وهذا الفعل
 في صورة ذبح شاة القصاب ولكن في المعنى والحكم غيره ولا تعتبر الصور ألا ترى أن
 الذبح يتحقق من المسلم والمجوسى والتضحية لا تتحقق إلا ممن هو أهل فعرّفنا أنه في المعنى
 غير الذبح ثم عند محمد يرجع الواهب لا تبطل التضحية لان رجوعه في القائم دون ما يلاشى
 منه وقد بينا أن الرجوع ينهى ملك الموهوب له فانما انعدم ملكه بغير اختياره وهو في
 حق نظير مال هلك بعد الذبح قال رجل وهب لرجل درهما فقبضه الموهوب له وجعله صدقة
 لله تعالى فللواهب أن يرجع فيه ما لم يقبضه المتصدق عليه لانه التزم فيه الصدقة بنذره فلا
 يكون ذلك أقوى من وجوب الصدقة عليه فيه بإيجاب الله تعالى وهو الزكاة وذلك لا
 يمنعه من الرجوع وهذا لان قبض المتصدق عليه لا يتم معنى العبادة والتقرب فيه (وكذلك)
 لو وهب له ناقة فجعلها الموهوب له بدنة وقلدها فللواهب أن يرجع فيها قبل أن ينحرها
 الموهوب له وفرق أبو يوسف بين هذا والاول فقال بالتقليد رأيت جعلها لله تعالى ألا
 ترى أنه لو قلدها عن هدى واجب فهلكت قبل أن ينحرها فانه عليه أخرى بخلاف
 ما بعد النحر وان وهب له أجزاء فكسرها وجعلها حطباً فله أن يرجع فيها لان هذا نقصان
 في العين وان كان يزيد في المالية فذلك بزيادة رغائب الناس فيه لا معنى في العين فلهذا كان

له أن يرجع فيها (وكذلك) لو وهب له لبنها فجعله طينا فهذا نقصان فإن أعاده لبنا لم يرجع فيها لأن هذا اللبن حادث بفعله أو ضرب اللبن من الطين زيادة في عينه فإذا كان حادثا في يد الموهوب له منع ذلك الواهب من الرجوع وإن وهب له نجحا فجعله خلا لم يرجع فيه لأن مالية الخل غير مالية النجيج وهذه مالية حدثت بصنعة حادثة في العين في يد الموهوب له وإن وهب له سيفاً فجعله سكاكين أو سكيناً لم يكن له أن يرجع فيه لأن السكين غير السيف (وكذلك) أن كسره فجعل منه سيفاً آخر لأن هذا الثاني حادث بعلمه ألا ترى أن الناصب لو فعل ذلك كان ضامناً قيمة السيف المغموب منه ويجعل ماضيه له قال وإن وهب له داراً فبناها على غير ذلك البناء وترك بعضها على حالها لم يكن له أن يرجع في شيء منها لأن ما زاد في البناء في جانب منها يكون زيادة في جميعها كما في الأرض إذا بنى في ناحية منها قال وإن وهب له حماماً فجعله مسكناً أو وهب له شيئاً فجعله حماماً فإن كان البناء على حاله لم يزد فيه شيء فله أن يرجع فيه لأن تصرفه في المنفعة دون العين والمنازع من الرجوع زيادة في العين وإن كان زاد عليه بناء أو غلق عليه باباً أو حصصه أو أصلحه أو جعله بصاروج أو طنية فليس له أن يرجع فيه لأن هذا كله زيادة في عينها قال مريض وهب لصحيح عبداً يساوي ألفاً ولا مال له غيره فعوضه الصحيح منه عوضاً وقبضه المريض ثم مات والعوض عنده فإن كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد أو أكثر فلهبة ماضية لأن العوض المقبوض بمنزلة المشروط أو أقوى والثلث منه كان من خالص حقه والثلثان حق الورثة فإذا كان العوض مثل ثلثي قيمة العبد عرفنا أنه لم يبطل شيئاً من حق الورثة بتصرفه وإنما تصرف فيما هو خالص حقه فكانت الهبة ماضية وإن كانت قيمته قيمة العوض نصف قيمة الهبة يرجع ورثة الواهب في سدس الهبة لأن حقهم في ثلثي العبد وقد وصل إليهم من العوض بقدر مالية نصف العبد فأنما تبقى لاتمام حقهم سدس العبد فلهذا يرجع الوارث بسدس الهبة وإن كان العوض شرطاً في أصل الهبة فإن شاء الموهوب له رد الهبة كلها وأخذ العوض وإن شاء رد سدس الهبة وأمسك الباقي لأنه ماضى بسقوط حقه عن عوضه إلا بأن يسلم له جميع الموهوب ولم يسلم ولأن التبعض في الملك المجتمع عيب فاستحقاق جزء من العبد وإن قل بتعيب ما بقى منه وحق الرد بالعيب ثابت بعد التقابض إذا كان العوض مشروطاً لأن الهبة بشرط العوض تصير بيعاً بالقياس فلهذا ثبت له الخيار

في رد ما بقى فاذا لم يكن العوض مشروطا فانه لا يصير معاوضة بالتقايض في حكم الرد بالعيب فيرد سدس الهبة ولا يكون له أن يسترد العوض لان ملكه على سبيل الهبة وقد مات الموهوب له فلا رجوع له فيه بعد ذلك والله سبحانه وتعالى أعلم

باب هبة المريض

(قال ولا يجوز هبة المريض ولا صدقته الا مقبوضة فاذا قبضت جازت) وقال ابن أبي ليلى تجوز غير مقبوضة لانها وصية بدليل انها تعتبر من الثلث فالوصية تنأكد بالموت قبضت أو لم تقبض ولا تبطل به فكذلك الهبة في المرض وهذا لان المرض سبب الموت وجعل ما يباشره المريض في الحكم كالثابت بعد موته حتى لو طلق زوجته ثلاثا ورثته بمنزلة ماله وقعت الفرقة بينهما بالموت فهذا مثله ولكننا نقول المعنى الذي له ولا أجله لاتتم الهبة والصدقة من الصحيح الا بالقبض موجود في حق المريض وهو أنه تملك بعقد تبرع فيكون ضعيفا في نفسه لا يفيد حكمه حتى ينضم اليه مايؤيده وهذا في حق المريض أظهر لان تصرفه أضعف من تصرف الصحيح واعتباره من الثلث لا يدل على أنه غير ثابت في الحال ككفالتة فاعتاقه وهذا بخلاف الوصية فانها خلافة ثم الملك من ثمراتها والخلافة لا تكون الا بعد الموت وهذا عقد تملك لا يحتمل الاضافة فاذا لم يتفق قبل الموت تبطل بالموت كالبيع الموقوف اذا لم يتصل به الاجازة حتى مات أحدهما ولا يقول الطلاق يصير كالمضاف ولكن تقام العدة عند الموت مقام حقيقة النكاح أنها لحقها في ماله بعد تعلقه ولهذا اعتبرنا هبته من الثلث هنا وان حق الوارث تعلق بثلثي ماله بمرضه فلا بقاء حقهم جعلنا هبته من الثلث. قال فان كانت الهبة دارا فقبضها ثم مات ولا مال له غيرها جازت الهبة في ثلثها ورد الثلثين الى الورثة (وكذلك) سائر ما يقسم وما لا يقسم الا فيما لا ينقسم فلا اشكال وأما فيما يقسم فلا أن الموهوب له ملك الكل بالقبض ثم بطل ملكه في الثلثين بعد موته اذا لم تجز الورثة فكان هذا شيوعا طاريا فيما بقى بخلاف ما اذا استحق نصف الدار فانه يتبين انه لا يملك المستحق بالقبض وقد بطل العقد فيه من الاصل فلو جاز في الباقي كان شائعا فيما يحتمل القسمة وذلك يمنع ابتداء الملك بالهبة. قال فان كانت الهبة جارية فكاتبها الموهوب له ثم مات المريض ولا مال له غيرها فعلى الموهوب له ثلثا قيمتها للورثة ولا ترد الكتابة لان

الكتابة منه صحيحة لازمة لكونه مالكا لها حين كانت فادامت باقية لا تحتمل النقل من
 ملك الى ملك ولان في رد ثلثها على الورثة ابطال الحق الثابت لها في نفسها وكسبها وذلك
 لا يجوز وان تعذر رد عينها بسبب باشره الموهوب له كان ضامنا للورثة قيمة حصتهم منها
 كما لو كان أعتقها أو دبرها فان قضى القاضي عليه بثلثي قيمتها ثم عجزت المكاتبه لم يكن
 للورثة عليها سبيل لان القاضي قضى بالقيمة والسبب الموجب للقضاء به وهو العجز عن رد
 العين يتحقق فانتقل حقهم الى القيمة ثم لا يعود في العين بعد ذلك بزوال العجز كالمغصوب
 اذا عاد من اباقه بعد ما قضى القاضي بقيمته على الغاصب واذا عجزت قبل القضاء أخذوا
 ثلثها لان المانع زوال قبل انتقال حقهم من عينها الى محل آخر فهو كالمغصوب اذا عاد قبل
 قضاء القاضي بالقيمة (وكذلك) ان كاتبها بعد موت المريض (فالجواب) على ما تقدم
 مالم يقض القاضي بثلثها للورثة لان ملك الموهوب له بان بقاء قبضه واذا فسد السبب
 مالم يقض القاضي عليه بالرد فان قضى القاضي بذلك عاد الملك له في ثلثها الى الورثة بقضاء
 القاضي فان اعتقها الموهوب له بعد ذلك فهو بمنزلة عتق أحد الشريكين الجارية المشتركة
 وقد بينا ذلك في كتاب العتق . قال مريض وهب لمريض عبداً وسلمه اليه فأعتقه
 وليس لواحد منهما مال غيره ثم مات الواهب ثم مات الموهوب له قال يسمى العبد في ثلثي
 قيمته لورثة الواهب لان عتق الموهوب له في مرض موته بمنزلة الوصية فيتأخر عن الدين
 وثلثا قيمته دين لورثة الواهب على الموهوب له فانه ألتف عليهم حقهم في ثلثي العبد بالاعتاق
 فعلى العبد أن يسمى في ذلك لهم وانما بقي مال الموهوب له ثلث رقبته فسلم له بطريق الوصية
 ثلث هذا الثلث ويسمى في ثلثي هذا الثلث لورثة الموهوب له وكان جميع ما عليه السعاية في
 ثمانية أنساع قيمته وانما يسلم له التسع وان كان على الموهوب له دين ألف درهم وقيمة العبد
 ألف درهم سمى العبد في قيمته يضرب فيها غيرها الموهوب له بدينهم وورثة الواهب بثلثي
 قيمة العبد لان دين الموهوب له محيط بتركته فعلى العبد السعاية في جميع القيمة لرد الوصية
 ثم هذه القيمة تركه الموهوب له فيضرب فيها غرامه بدينهم ودين ورثة الواهب عليه ثلثا
 قيمته ودين الغريم الآخر ألف فتقسم التركة بينهما بالحصص . قال مريض وهب لمريض عبداً
 وهو ثلث ماله وسلمه اليه ثم ان الموهوب له قتل الواهب في مرضه فالحبة مردودة الى
 وارثه لان الحبة في المرض في حكم التنفيذ معتبر بالوصية ولهذا ينفذ من الثلث بعد الدين

ولا وصية للقاتل عند عدم اجازة الورثة فكذلك الهبة في المرض وهذا لان بطلان الوصية للقاتل لدفع المعاوضة عن الورثة حتى لا يراحمهم قاتل أبيهم في مال أبيهم وهذا المعنى موجود فيما وهبه في مرضه. قال رجل وهب لرجل عبداً في مرضه وقيمته ألف درهم وسلمه اليه ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل الواهب يقال للموهوب له ادفعه أو افده لان الموهوب له ملك العبد بالتقبض فانما جنى على الواهب ملكه وفي جنائية المملوك خطأ على غير المالك يخاطب المالك بالدفع أو الفداء كما لو جنى على انسان آخر ودليل تمام ملك الموهوب له أنها لو كانت جارية حل له وطؤها بعد الاستبراء فان اختار الفداء فداؤه بعشرة آلاف لان الفداء بارش الجناية وهو دية النفس ثم بدل نفس الواهب بمنزلة مال خلفه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فتبين أن ماله عند موته احدى عشر ألفاً وأن العبد خارج من ثلثه وزيادة فكانت الهبة صحيحة في جميعه وان اختار الدفع دفعه ولا شئ عليه لان المولى يتخلص عن عهدة الجناية بدفع الجاني ولم يبين كيفية الدفع هنا وانما بين ذلك في كتاب الدور فقال يدفع نصفه اليهم على وجه رد الهبة ونصفه على وجه الدفع للجنائية لان الهبة تجوز في نصف العبد وكان ينبغي أن يكون جواز الهبة في ثلث العبد لانه لا مال للواهب سواء ولكن لضرورة الدور جوز الهبة في نصف العبد ويان ذلك انما يجعل العبد على ثلاثة أسهم وتجوز الهبة في سهم وتبطل في سهمين ثم يدفع الموهوب له هذا السهم بالجنائية فيزداد مال الواهب ويجب بحسابه الزيادة في تنفيذ الهبة واذا زدنا في تنفيذ الهبة يزداد ماله بالدفع بالجنائية أيضاً فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط لانه شاع بالفساد فالسبيل يقيد وانما يطرح هذا السهم من قبل من خرج الدور من جهتهم وانما الدور هناك بزيادة ظهرت في نصيب الورثة فالسبيل أن تطرح من أصل حقتهم بينهما وحق الموهوب له في سهم وبه يظهر أن العبد يكون في الاصل على سهمين تنفذ الهبة في أحدهما وهو النصف ثم يدفع الموهوب له ذلك السهم بالجنائية فسلم للورثة سهمان وقد نفذ بالوصية في سهم فاستقام الثلث والثلثان والعبد وان كان واحداً في الصورة ففي الحكم صار بمنزلة عبد ونصف فكان تنفيذ الوصية في نصف العبد ولما بطلت الهبة في النصف بالرد سقط حكم الجنائية فيه لان جنائية المملوك على مالكه خطأ واعتبر في النصف الآخر وقد دفعه المالك بالجنائية فلماذا لا شئ عليه سواء قال واذا رجع الواهب في هبته والموهوب له مريض وقد كانت الهبة في الصحة فان كان بقضاء قاض

فالرجوع فيه صحيح ولا سبيل لغرماء الموهوب له وورثته بعد موته على الواهب لان الواهب يستحقه بحق سابق له على حقهم وان كان ذلك بغير قضاء قاض كان رد المريض لها حين طلب الواهب فيها بمنزلة هبة جديدة من المريض فيكون من الثلث ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين يحيط بماله أبطل ذلك الرجوع وردت الهبة الى تركة الميت وقد تقدم بيان ما في هذه المسألة من اختلاف الروايات والقياس والاستحسان ووجهه انه بالرد باختياره ورضاه قصد ابطال حق الغرماء والورثة عنه بعد تعلق حقهم به يوضحه ان حق الواهب في الرجوع ضعيف حتى يتمكن الموهوب له من اسقاطه بتصرفه فاذا اتصل قضاء القاضى به يقوى فيقدم على حق غرماء الموهوب له وورثته لقوته واذا لم يتصل به القضاء تقدم حق الغرماء والورثة على حقه لقوة حقهم وضعف حق الواهب . قال مريض له عبد يساوى خمسة آلاف درهم وهبه لرجل وقبضه الموهوب له ولا مال له غيره ثم ان العبد قتل المريض خطأ فانه يقال للموهوب له ادفعه أو افده لما بينا أنه مالك للعبد حين جنى فان اختار الدفع فقد بينا التخيير وان اختار الفداء فداء بالدية وسلم له العبد كله لان الدية بدل نفس الواهب بمنزلة ما خلقه فتيين به ان مال خمسة عشر ألفا وقيمة العبد خمسة آلاف فهو خارج من ثلثه فلماذا تنفذ الهبة في جميعه واذا ظهر نفوذ الهبة في جميع العبد ظهر أن على الموهوب له دية كاملة للورثة باختياره فان كان يساوى ستة آلاف درهم واختار الفداء فانه يرد على ورثة الواهب رבעه ويفدى ما بقى بثلاثة أرباع الدية وذكر محمد في كتاب الدور طريقا في تخرج هذا الجنس من المسائل هو أسهل الطرق . قال ولو كان للواهب سوى ألفي درهم كانت الهبة صحيحة في جميع العبد لان اختيار الفداء يؤدي الدية عشرة آلاف درهم فيسلم ذلك للورثة مع الالفين فيكون اثني عشر ألفا وقد نفذ بالهبة في العبد وهو يساوى ستة آلاف فيسلم للورثة ضعف ما نفذنا فيه الهبة فاذا عدنا الالفين تعذر علينا تنفيذ الهبة في جميع العبد فالسبيل ان يضم ما عدنا وهو الالفان الى قيمة العبد وهو ستة آلاف ثم يبطل من الهبة بقدر ما عدنا ويجوز بقدر الموجود والذي عدنا من الجملة مقدار الربع فتبطل الهبة في ربع العبد ويجوز هنا وقيمة ذلك أربعة آلاف وخمسمائة ثم يفدى ذلك بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمسمائة فيسلم ذلك للورثة مع ربع العبد وقيمه ألف وخمسمائة وجملة ذلك تسعة آلاف وقد نفذنا الهبة في نصف ذلك أربعة

آلاف وخمسمائة فيستقيم الثلث والثلثان فهذا طريق ظاهر من غير دور فأما بيان طريق الدور ان العبد في الابتداء على ثلاثة أسهم صحت الهبة في سهم منه ثم على الموهوب له ان يفدى السهم بمثله ومثل ثلثيه فعرفنا ان كل سهم من العبد يقابله من الدية مثله ومثل ثلثيه فاذا فداه بسهم وثلثين ازداد مال الورثة وجاء الدور من الوجه الذي قررنا فالسبيل ان يطرح من أصل حق الورثة مقدار الزيادة وهو سهم وثلثا سهم وقد كان حقهم في سهمين فاذا طرحنا سهمًا وثلثي سهم بقي حقهم في ثلث سهم وحق الموهوب له في سهم فيكون العبد على سهم وثلث انكسر بالا ثلاث فاصرفه في ثلثه وسهم وثلث في ثلثه يكون أربعة فثنين ان العبد على أربعة أسهم وان الهبة تنفذ في ثلاثة أرباعه فيقدر ذلك بثلاثة أرباع الدية ثم التخرج الى آخره كما بينا وتخرج هذه المسئلة على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغيرها ولكن يؤخر بيان ذلك الى كتاب الدور وهذه المسئلة واخواتها تعود هناك ان شاء الله تعالى . قال وأهل الذمة في حكم الهبة بمنزلة المسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات الا أنه لا يجوز المعاوضة بالخر عن الهبة فيما بين المسلم والذمي سواء كان المسلم هو المعوض للذمي أو الذمي لان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم وهو ممنوع من تملكه وتملكها فهي في حقه كالميتة والدم لا تصلح عوضاً قال وان صارت الخمر خلا في يد القابض لم تصر معوضاً ويرده الى صاحبها لان تملكها على وجه التعويض باطل فتثبت على ملك صاحبها فاذا تخللت كان الخل مملوكا له مردوداً عليه وأصل التعويض لما بطل لا ينقلب صحيحا بالتخلل كما لو باع خمرًا من انسان فتخللت في يد المشتري وتجوز المعاوضة بالخر والخمر فيما بين الذميين كما يجوز ابتداء المبايع لان ذلك مال متقوم في حقهم ولا يجوز بالميتة والدم لان ذلك ليس بمال في حقهم كما في حقنا وصحة التعويض تختص بمال متقوم . قال مسلم وهب لمرتدة هبة فعوضه منها المرتدة ثم قتل أو لحق بدار الحرب جازت الهبة ولم يجز تعويضه في قول أبي حنيفة لان التعويض تصرف من المرتدة في ماله ومن أصل أبي حنيفة ان تصرف المرتدة في ماله يبطل اذا قتل أو مات أو لحق بدار الحرب وأما هبة المسلم من المرتدة صحيحة لان قبول الهبة من المرتدة ليس بتصرف في ماله والحجر بسبب الردة لا يكون فوق الحجر بسبب الرق وذلك لا يمنع قبول الهبة فهذا أولى الا أنه اذا كان للواهب حق الرجوع في حال حياة الموهوب له وقد مات حقيقة أو حكمًا بلحاظه بدار الحرب فكانت الهبة جائزة وقد

بطل التعويض وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعوضه صحيح كسائر تصرفاته إلا أن عند أبي يوسف يكون من جميع ماله وعند محمد من ثلثه بمنزلة سائر تصرفات المرتد على وجه التبرع فان كان المرتد هو الواهب وقد عوضه الموهوب له من هبته ثم قتل أو لحق بدار الحرب فانه يرد هبته الى ورثته لانه كان تصرفا منه في ماله واذا كان تصرفه في ماله يباع بطل عنده اذا مات فتصرفه هبة أولى فترده هبة الى ورثته ويرد عوضه الى صاحبه ان كان قائما وان كان قد استهلكه كان ذلك دينا في مال المرتد لانه قبضه على وجه العوض ولم يسلم الموهوب للموهوب له فلا يسلم العوض له أيضا ولكن ان كان قائما رده على الموهوب له بعينه وان كان مستهلكا فقد تعذر رده مع قيام السبب الموجب للرد فتجب قيمته دينا في ماله سواء كان الآخر علم بارتداده أو لم يعلم لان حكم تصرف المرتد لا يختلف بعلم من عامله برده وجهه فان التوقف لحق الورثة وحقهم ثابت في الحالين قال واذا وهب المرتد للنصراني هبة أو النصراني للمرتد على أن عوضه عنها خمرا فذلك باطل لان المرتد في حكم التصرف في الحرام كالمسلم فانه مجبر على العود الى الاسلام غير مقرر على ما اعتقده فيبطل تصرفه في الحرام تعويضا عن الهبة كما يبطل من المسلم قال واذا وهب الحربى المستأمن هبة لمسلم أو وهبها له مسلم فقبضها ثم رجع الى دار الحرب ثم عاد مستأمنا فلكل واحد منهما ان يرجع في هبته لبقاء الملك المستفاد بالهبة وبقاء العين على حاله فان المستأمن وان كان في دارنا صورة فهو في أهل دار الحرب حكما فلا يتبدل ملكه بالرجوع الى دار الحرب وان سبي وأخذت الهبة منه لم يكن للواهب ان يرجع فيها لزوال الملك المستفاد بالهبة فان نفسه بالسبي قد تبدلت وخرج هو من أن يكون أهلا للملك والموهوب صار ملكا للسبي بمنزلة سائر أمواله اذا أخذه معه فلا سبيل للواهب عليه وان حضر قبل القسمة لانه انما يتمكن من أخذ ما بقى ووقع الظهور عليه من ماله وهذا مال أزاله عن ملكه باختياره فلا يأخذه من الغنيمة وان حضر قبل القسمة قال وان وقع الحربى في سهم رجل فاعتقه ثم وصلت تلك الهبة اليه بشراء أو غيره لم يكن للواهب أن يرجع فيها لان هذا ملك حادث له وحق الواهب كان في الملك المستفاد بالهبة فلا يثبت في ملك حدث بسبب آخر وصار اختلاف سبب الملك كاختلاف العين قال وان كان الحربى هو الواهب فسبي ووقع في سهم رجل لم يكن له أن يرجع في هبته لان نفسه تبدلت بالرق وذلك بمنزلة موته فان الحرية حياة والرق تلف وبموت الواهب يبطل الحق

في الرجوع ولانه لو رجع كان معيد للعين الي ملك مولاه لا الي ملك نفسه وبالبية لم يخرج
 من ملك ولاه وكذلك ان اعتق لا يستطيع الرجوع فيها لان حق الرجوع قد بطل
 بتبدل نفسه كما قلنا والساقط من الحق يكون متلاشياً لا يتصور عوده . قال حربي
 وهب لحربي هبة ثم أسلم أهل الدار أو أسلم جميعاً وخرجوا الى دار الاسلام فله أن يرجع
 في هبته لبقاء الملك المستفاد بالبية فان بالاسلام يتأكد الملك الذي كان قبله ولا يتبدل
 وكذلك العين علي حاله في يد الموهوب له فان كان عوضه من هبته لم يكن له أن يرجع فيها
 لحصول ما هو المقصود له بالبية وهو وصول العوض اليه ثم كتاب البية والله الحمد والمنة والله
 أعلم قال رحمه الله انتهى شرح الصفار من الفروع من الاستحسان الى البيوع . بالمؤثر من
 المعاني مع الخبر المسموع باملاء الملتزم لرفع الباطل الموضوع . المنقح لاجله المحصور الممنوع
 عن الاهل والولد والكتاب المجموع الطالب للفرج بالدعاء والخشوع في ظلم
 الليالي بالبكاء والدموع . مقرونا بالصلاة على سيد أهل الجوع . وعلى آله وأصحابه
 أهل التقى والخضوع

— كتاب البيوع —

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وغفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي
 سهل السرخسي رحمه الله تعالى املاء اعلم بان الله سبحانه وتعالى جعل المال سبباً لاقامة
 مصالح العباد في الدنيا وشرع طريق التجارة لا كسبها لان ما يحتاج اليه كل أحد
 لا يوجد مباحاً في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغلب فساد والله لا يحب الفساد والى
 ذلك أشار الله سبحانه وتعالى في قوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل
 الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) والتجارة نوعان حلال يسمى في الشرع بيعاً وحرام
 يسمى ربا كل واحد منهما تجارة فان الله أخبر عن الكفرة انكارهم الفرق بين البيع والربا
 عقلاً فقال عز وجل (ذلك بانهم قالوا انما البيع مثل الربا) ثم فرق بينهما في الحل والحرم
 بقوله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) ففرقنا أن كل واحد منهما تجارة وان الحلال الجائز منها
 بيع شرعاً بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه وانعقاد هذا
 البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي وهو بقوله بعث واشترت في محلين كل واحد منهما مال

متقوم على طريق الاكتساب حتى ان ما يدخله معنى التبرع كالهبة بشرط العوض لا يكون بيعاً ابتداء ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بان يقول أحدهما بعني فيقول الآخر بعث أو يقول اشترى سى فيقول الآخر اشتريت لا ينقد البيع عندنا بخلاف النكاح والشافعى يسوى بينهما باعتبار ان كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين والفرق لنا من وجهين (أحدهما) أن النكاح يتقدمه خطبة عادة فقوله زوجيني نفسك في مجلس العقد لا يجعل خطبة لان الخطبة قد تقدمته فيجعل أحد شرطى العقد فأما البيع يقع بقتة من غير تقدم استتمام فيجعل قوله بعني استتماماً فلا بد من لفظ العقد بعده (والثاني) ان قوله زوجيني نفسك تفويض للعقد اليها فيجعل قولها زوجت عقداً تاماً لان كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح اذا كان مأموراً به وفي البيع لا يتأتى مثل هذا لان كلام الواحد لا ينقد به البيع من الجانبين اذا لم يكن أحدهما مولياً عليه من الآخر فأما الربا في اللغة هو الزيادة يقال أربى فلان على فلان أى زاد عليه ويسمى المكان المرتفع ربوة زيادة فيه على سائر الامكنة وفي الشريعة الربا هو الفضل الخالى عن العوض المشروط في البيع لما بينا أن البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم فالفضل الخالى عن العوض اذا دخل في البيع كان ضد ما يقتضيه البيع فكان حراماً شرعاً واشتراطه في البيع مفسد للبيع كاشتراط الخروج غيرها والدليل على حرمة الربا الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (وحرّم الربا) وقد ذكر الله تعالى لا كل الربا خمسا من العقوبات (أحدها) التخبط قال الله تعالى (لا يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان من المس) قيل معناه ينتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماءه وكلما رام القيام يسقط فيكون بمنزلة الذى أصابه مس من الشيطان فيصير كالمصروع الذى لا يقدر على أن يقوم وقد ورد بنحوه أثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يملأ بطنه ناراً بقدر ما أكل من الربا والمراد أن يفتضح على رؤس الاشهاد كما أشار اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر ان لواء ينتصب يوم القيامة لا كلة الربا فيجتمعون تحته ثم يساقون الى النار (والثاني) الحق قال الله تعالى (يمحق الله الربا) والمراد الهلاك والاستيصال وقيل ذهاب البركة والاستمتاع حتى لا ينتفع هو به ولا ولده بعده (والثالث) الحرب قال الله تعالى (فاذنوا بحرب من الله ورسوله) والمعنى من القراءة بالمد أعلموا الناس أكلة الربا إنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قطاع

الطريق والقراءة بالقصر اعلّموا ان أكلة الربا حرب الله ورسوله (والرابع) الكفر قال الله تعالى (وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين) وقال تعالى (والله لا يحب كل كفار أثيم) أى كفار باستحلال الربا أثيم فاجر بأكل الربا (والخامس) الخلود فى النار قال الله تعالى (ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون) والسنة جاءت بتأييد ما قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أكل درهم واحد من الربا أشد من ثلاث وثلاثين زنية يزنيها الرجل من نبت لحمه من حرام فالنار أولى به والمقصود من هذا الكتاب بيان الحلال الذى هو بيع شرعاً والحرام الذى هو ربا ولهذا قيل لمحمد لا تصف فى الزهد شيئاً قال قد صنف كتاب البيوع ومراده بينت فيه ما يحل ويحرم وليس الزهد الا الاجتناب عن الحرام والرغبة فى الحلال ولهذا بدأ الكتاب بحديث رواه عن أبي حنيفة عن عطية العوفى عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا وهذا حديث مشهور تلقته العلماء رحمهم الله تعالى بالقبول والعمل به ولشهرته بدأ محمد ببعضه كتاب البيوع وبعضه كتاب الاجارات وبعضه كتاب الصرف ومثله حجة فى الاحكام تجوز به الزيادة على الكتاب عندنا ودار هذا الحديث على أربعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبى سعيد الخدرى ومعاوية بن أبى سفيان رضى الله عنهم مع اختلاف ألفاظهم ثم الحديث يشتمل على تفسير وحكم ومعنى يتعلق به الحكم فى الفرع أما تفسير قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب أى يبيع الذهب بالذهب أو يبعوا الذهب بالذهب لان الباء تصحب الاعواض والابدال فانه لالصاق فهو دليل فعل مضمّر كقولنا بسم الله وقوله مثل بمثل روى بالرفع والنصب فمعنى الرواية بالرفع يبيع الذهب بالذهب مثل بمثل ومعنى الرواية بالنصب يبعوا الذهب بالذهب مثل بمثل والمراد به المائلة فى القدر دون الصفة وان كان مطلق اسم المائلة يتناولهما ولكنه ذكر هذا الحديث فى أول كتاب الصرف وذكر مكان قوله مثل بمثل وزن بوزن فبذلك اللفظ يتبين أن المراد من هذا اللفظ المائلة فى الوزن وبهذا اللفظ يتبين أن المراد قوله وزن بوزن المائلة قدراً لا وصفاً وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه

بعضاً وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه قال تبره وعينه سواء فهذا تنصيب على أن المراد المائلة في الوزن دون الصفة لأن التبر لا يساوى العين في الصفة وإنما يساويه من حيث المقدار وقوله يدا بيد يجوز أن يكون المراد به عين بعين لأن التعيين يكون بالإشارة باليد ويجوز أن يكون المراد قبض قبض لأن القبض يكون باليد وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله أن المراد به القبض هنا لبيان أنه في حديث عمر رضى الله تعالى عنه فإنه قال في الصرف من يدك إلى يده وإن استنظرك إلى خلف السارية فلا تنتظره وإن وثب من السطح فثب معه ولكن الأصح أن المراد التعيين لأنه لو كان المراد به القبض لقال من يد إلى يد لأنه يقبض من يد غيره فعرفنا أن المراد التعيين إلا أن التعيين في النقود لا يتم إلا بالقبض لأنها لا تعين في النقود بالإشارة فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين المنصوص عليه وإليه أشار في حديث عمر رضى الله تعالى عنه بقوله هاوها أى هذا بهذا وقوله والفضل ربما يحتمل الفضل في القدر ويحتمل الفضل في الحال بأن يكون أحدهما نقداً والآخر نسيئة وكل واحد منهما مراد باللفظ وقوله رباً أى حرام أى فضل خال عن العوض والمقابلة أما متيقنا به عند فضل القدر أو موهوم الوجود عادة لتفاوت بين التقدين والنسبة في المائلة وكذلك تفسير قوله الفضة بالفضة فأما قوله الحنطة بالحنطة مثل بمثل يحتمل المائلة في الكيل ويحتمل المائلة في الصفة ولكنه في كتاب الصرف ذكر مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيلاً فتبين به أن المراد المائلة من حيث القدر وفي حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه قال جيدها ورديها سواء فهو بيان أن المراد المائلة في القدر وقوله يدا بيد معناه عندنا عين بعين ولهذا لا يشترط التقابض في بيع الحنطة بالحنطة لأن التعيين فيها يتم بالإشارة وقوله والفضل ربما يحتمل الفضل في القدر ويحتمل الفضل في الحال وكل واحد منهما مراد وقد فسر ذلك في حديث عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه فقال من زاد أو ازداد فقد أربى وكذلك الشعير والتمر والملح فأما الحكم في الحديث حكمان حرمة النساء في هذه الأموال عند المباينة بجنسها وهو متفق عليه وحرمة التفاضل وهو قول الجمهور من الصحابة رضى الله تعالى عنهم إلا البتة روي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه كان يجوز التفاضل في هذه الأموال ولا معتبر بهذا القول فإن الصحابة رضى الله تعالى عنهم لم يسوغوا له هذا الاجتهاد على ما روى أن أبا سعيد الخدري رضى الله

تعالى عنه مشى اليه فقال يا ابن عباس الى متى تؤكل الناس الربا أصحبت رسول الله صلى
 الله عليه وسلم ما لم يصحب أسمعته منه ما لم يسمع فقال لا ولكن حدثني أسامة بن زيد
 رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ربا الا في النسيئة فقال والله لا آواني
 وياك ظل بيت ما دمت على هذا القول وقال جابر بن زيد رضي الله تعالى عنه ما خرج بن
 عباس رضي الله تعالى عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فان لم يثبت رجوعه
 فاجماع التابعين رحمهم الله بعده يرفع قوله فهذا معنى قولنا لا يعتد بهذا القول وتأويل حديث
 اسامة بن زيد رضي الله تعالى عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مبادلة الخنطة بالشعير
 والذهب بالفضة فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ربا الا في النسيئة فهذا بناء على ما تقدم
 من السؤال فكأن الراوي سمع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يسمع
 ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله وأما المعنى فنقول اتفق فقهاء الامصار رحمهم الله علي
 ان حكم الربا غير مقصود على الاشياء الستة وان فيها معنى يتعدى الحكم بذلك المعنى
 الى غيرها من الاموال الا داود من المتأخرين وعثمان البتي من المتقدمين فان داود
 يقول حكم الربا مقصور على هذه الاشياء الستة لانه لا يجوز قياس غير المنصوص على المنصوص
 لاثبات الحكم وعند فقهاء الامصار رحمهم الله القياس حجة لتعدية الحكم الثابت بالنص
 والبتي يقول بأن القياس حجة ولكن من أصله انه لا يجوز القياس على الاصول الا أن
 يقوم دليل في كل أصل على جواز القياس عليه ولم يقم ذلك الدليل هنا وعند فقهاء الامصار
 رحمهم الله يجوز القياس على الاصول الا أن يقوم دليل يمنع القياس على كل أصل ثم قد قام
 الدليل هنا على جواز القياس فان مالك بن أنس واسحاق بن ابراهيم الحنظلي رحمهما الله رويا
 هذا الحديث وذكر في آخره وكذلك كل ما يكال ويوزن فهو تنصيص على تعدية الحكم
 الى سائر الاموال وفي حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
 لا تبمعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخشي عليكم الربا أي الربا ولم يرد به
 عين الصاع وانما أراد به ما يدخل تحت الصاع كما يقال خذ هذا الصاع أي مافيه ووهبت
 لفلان صاعا أي من الطعام وفي حديث عامل خيبر رضي الله تعالى عنه انه أهدي الى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم تمرآ جنيا فقال صلى الله عليه وسلم أوكل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكني
 دفعت صاعين من عجوة بصاع من هذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت هلا بعت تمرآ

بسبعة ثم اشترت بسلمتك ثم اثم قال صلى الله عليه وسلم وكذلك الميزان يعني ما يوزن بالميزان
 فبين بهذه الاثار قيام الدليل على تعدية الحكم من الاشياء الستة لا غيرها وهذا بخلاف قوله
 صلى الله عليه وسلم خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم ثم لم يجوز قياس ما سوى هذا الخمس
 على الخمس لان التعليل لتعدية حكم النص الى غير المنصوص لا بطلان المنصوص وقد نص في
 ذلك الحديث على ان الفواسق خمس فلو اشتغلنا بالتعليل كان أكثر من خمس فيكون اطلاقا
 للمنصوص وهنا ليس في الحديث أن مال الربا ستة أشياء ولكن ذكر حكم الربا في الاشياء
 الستة فلا اشتغال بالتعليل لا يؤدى الى ابطال المنصوص عليه فلهذا جوزنا ذلك وفائدة
 تخصيص هذه الاشياء بالذكر أن عامة المعاملات يومئذ كان بها علي ما جاء في الحديث كنا
 نتبايع في الاسواق بالاوساق والمراد به ما يدخل تحت الوسق مما يكثر الحاجة اليه وهي
 الاشياء المذكورة ثم اختلفوا بعد ذلك في المعنى الذي يتعدى الحكم به الى سائر الاموال
 قال علماءنا رحمهم الله تعالى الجنسية والقدر عرفت الجنسية بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب
 بالذهب والحنطة بالحنطة. والقدر بقوله صلى الله عليه وسلم مثل بمثل ويعنى بالقدر الكيل
 فيما يكال والوزن فيما يوزن وظن بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى ان العلة مع الجنس الفضل
 على القدر وذلك محكى عن الكرخى ولكنه ليس بقوى فانه لا يجوز اسلام قبض حنطة في
 قبض شعير ولا تثبت حرمة النساء الا بوجود أحد الوصفين ولو كانت العلة هي الفضل لما
 حرم النساء هنا لانعدام الفضل فعرفنا ان العلة نفس القدر مع الجنس وقال مالك رضي الله عنه
 العلة الاقتيات والادخار مع الجنس وقال ابن سيرين تقارن المنفعة مع الجنس وقال الشافعى
 رضى الله تعالى عنه في القديم العلة في الاشياء الاربعة الكيل والطعم وقال في الجديد العلة
 هي الطعم وفي الذهب والفضة العلة الثمنية وهو انها جوهر الاثمان والجنسية عنده شرط
 لاتعمل العلة الا عند وجودها ولهذا لا يجعل للجنسية أثرا في تحريم النساء فحاصل المسئلة
 أن بيع كل مكيل أو موزون بجنسه لا يجوز عندنا الا بعد وجود المخلص وهو المائلة في
 القدر وأن يكون عيناً بعين وعنده بيع كل مطوم بجنسه وكل ثمن بجنسه حرام الا عند
 وجود المخلص وهو المساواة في المعيار الشرعى وأن يكون قبضا بقبض في المجلس والحاصل
 ان حرمة البيع في هذه الاموال أصل عنده والجواز يعارض المساواة في المعيار مع القبض
 في المجلس وعندنا اباحة البيع في هذه الاموال أصل كما في سائر الاموال والفساد يعارض

انعدام المائلة بوجود الفضل الخالي عن العوض متيقنا به أو موهوما احتياطا والمقصود من التعليل عنده منع قياس غير المطعومات علي المطعومات وغير الثمن علي الثمن بناء علي أصله أن التعليل صحيح لاثبات حكم الاصل والمنع من الحاق غيره به وعندنا التعليل لتعمدية حكم النص الى غير المنصوص فالحكم في المنصوص ثابت بالنص لا بالعلة لان الثابت بالنص مةطوع به والمنع بظاهر النص ثابت فلاشتغال بالتعليل يكون لغواً عندنا وبيان هذا الاصل اذا باع تفاحة بتفاحتين عنده لايجوز لان الحرمة هي الاصل في بيعها والحل يثب بعارض بوجود المساواة في المعيار الشرعي ولم يوجد فلايجوز وعندنا يجوز لانعدام الفضل علي القدر وهو المعيار الشرعي والحرام هو الفضل علي القدر ولم يوجد فيجوز لان الجواز أصل في البيع والحرمة تثبت بعارض انعدام المائلة في القدر وهو المعيار الشرعي وهذا لا معيار له فيجوز العقد ولو باع قفيز جبس بقفيزي حص عندنا لايجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم ولو باع حفنة بحفنتين عنده لايجوز لكونه مطعوما وقد عدت المساواة في المعيار الشرعي وعندنا يجوز لعدم الكيل مع الجنس ولو باع مناسكر بمنوى سكر عندنا لايجوز لوجود الجنس مع القدر وعنده لايجوز أيضاً لوجود الطعم مع الجنس ولو باع مناقطن بمنوى قطن عندنا لايجوز لوجود الجنسية والقدر وعنده يجوز لعدم الطعم وحجة الشافعي لاثبات أصله ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الاسواء بسواء وفي رواية قال لا تبيعوا البر بالبر الاسواء بسواء ففي هذا بداية بيان النهي والمنع لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال. فبه تبين أن حرمة البيع أصل وان الجواز يعارض المساواة بين ذلك بقوله الاسواء بسواء والمراد المساواة في القدر ثم اسم الطعام يتناول القليل والكثير وما يكال من الاطعمة وما لا يكال فثبت حرمة البيع في جميع ذلك وتبين بهذا أن التعليل بالقدر يوجب تخصيص الاصل المعلن وذلك باطل وكذلك في الحديث المشهور قال الحنطة بالحنطة فهذا اللفظ يتناول القليل والكثير وقوله صلى الله عليه وسلم مثلاً بمثل نصب على الحال أي انما يكون بيعاً في حالة ما يكون مثلاً بمثل والمراد المائلة في القدر فتبين به أيضاً أن الحرمة أصل فيها وأن الحل يعارض المائلة في القدر وليس المراد بالربا الزيادة فقد قال عمر رضي الله عنه ان آية الربا آخر منازل وقبض رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يبين لنا شأنها وان من الربا أبواباً لا يكذن يخفين علي أحد منها السلم في السن فتبين بهذا انه علم ان الاسم غير

عما عليه مقتضى اللغة وانه ليس المراد من الربا الزيادة فانه ليس في السلم في السن زيادة
 خالية عن العوض وقد جعله من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد ولئن كان المراد الزيادة
 فانما أراد فضلاً قائماً في الذات لان المطعوم اذا قوبل بجنسه لا يتساويان في الطعم الانادراً
 ولا ينبغي الحكم عن النادر فذلك الفضل القائم في الذات حرام وربا الا أنه سقط اعتباره
 شرعاً بالمساواة في القدر تيسيراً على الناس فبين بهذا أن الحرمة أصل أيضاً وفي ذكر الطعام
 ما يدل على أن العلة هي الطعم لان الطعام اسم مشتق منه معنى والحكم اذا علق باسم مشتق
 من معنى فالمعنى الذي اشتق منه الاسم هو العلة للحكم كما في قوله تعالى (الزانية والزاني) وفي
 قوله تعالى (السارق والسارقة) ومن حيث الاستدلال وهو أن الشرع شرط لجواز
 البيع في هذه الاموال شرطين المساواة واليد باليد فعرفنا أن الموجب لهذين الشرطين معنى
 في المحل ينبيء عن زيادة شرطين الولي والشهود كان ذلك دليلاً على أن الموجب للشرطين
 معنى في المحل ينبيء عن زيادة خطر وهو أن المستحق به ما في حكم النفوس ثم هنا المعنى
 ينبيء عن الخطر في الذهب والفضة الثمنية لانهما خلقا لذلك وبالتمنية حياة الاموال والمعنى
 ان الذي ينبيء عن زيادة الخطر في الاشياء الاربعة الطعم لان بالطعم حياة النفوس فعرفنا
 ان العلة الموجبة لهذين الشرطين الطعم والثمنية ولهذا جعلنا الجنسية شرطاً لاعلة لان الحكم
 يدور مع الشرط وجوداً وعدماً كما يدور مع العلة والفرق بينهما بالتأثير فاذا لم يكن في
 الجنسية ما ينبيء عن زيادة الخطر ولا ثبت الحكم الا عند وجوده جعلناه شرطاً لاعلة وبهذا
 تبين فساد التعليل بالقدر فانه لا ينبيء عن زيادة خطر في المحل لان الجص شيء هين يكال
 فلا يتعلق به حياة نفس ولا مال انما هو معد لتزين البناء ولان الشرع ذكر عند بيان حكم
 الربا جميع الاثمان وهي الذهب والفضة وذكر من المطعومات أنفس كل نوع فالحنطة
 أنفس مطعوم بني آدم والشعير أنفس علف الدواب والتمر أنفس الفواكه والملح أنفس التوابل
 فلما أراد المبالغة في بيان حكم الربا ولم يمكنه ذكر جميع المطعومات نص من كل نوع على أعلاه
 لين بذلك أن العلة هي الطعم فاما اذا جعل العلة القدر يتمحض ذكر هذه الاشياء تكراراً
 لان صفة القدر لا تختلف في الاشياء الاربعة وحمل كلام صاحب الشرع على ما يفيد أولى
 ولهذا قال مالك العلة الاقتيات لانه خص بالذكر كل مقتات مدخر وقال ابن سيرين العلة
 تقارب المنفعة لوجود ذلك في الاشياء المذكورة فان الحنطة مع الشعير تقارب في المنفعة

فاذا ثبت ان العلة هي الطعم والتمنية امتنع قياس غير المطعوم على المطعومات وغير الاثمان
 على الاثمان لانعدام العلة فيها ولما جعل الشرع القدر معتبرا في الخلاص عن الربا لا يجوز
 اعتبار ذلك بعينه في الوقوع في الربا لاستحالة ان يتضمن الشيء حكيمين متضادين بل القدر
 في المقدرات بمنزلة العدد في المعدودات والزرع في المزروعات فكما لا يصلح جعل علة ذلك للربا
 فكذلك القدر وحجتنا في المسئلة ما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال بعد ذكر الاشياء
 الستة بصفة الكيل والوزن فذلك دليل على ان العلة فيها الكيل والوزن وان لم تثبت هذه الزيادة
 فقولنا الحنطة بالحنطة معناه بيع الحنطة بالحنطة والبيع لا يجري باسم الحنطة فالاسم يتناول
 الحبة الواحدة ولا يبيعها أحد وانما يعرف مالتها ولو باعها لم يحز لانها ليست بمال متقوم فعلم
 ضرورة أن المراد الحنطة التي هي مال متقوم ولا يعلم مالتها الا بالكيل فصارت صفة الكيل
 ثابتة بمقتضى النص وكذلك قوله الذهب بالذهب فالاسم قائم بالذرة ولا يبيعها أحد وانما تعرف
 مالتها بالوزن كالشعيرة ونحو ذلك فصارت صفة الوزن ثابتة بمقتضى النص فكانه قال الذهب
 الموزون بالذهب والحنطة المكيلة بالحنطة والصفة من اسم العلم يجري مجرى العلة للحكم كقوله
 صلى الله عليه وسلم في خمس من الابل السائمة شاة وما ثبت بمقتضى النص فهو كالمخصوص ألا ترى
 انه لو قال غصبت من فلان شيئا يلزمه ان يبين مالا متقوما لثبوت صفة المالية بمقتضى
 الغصب وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الطعام بالطعام ذكر الطعام عند ذكر
 البيع فلا يتناول الا الحنطة ودقيقها كمن وكل وكيلا بان يشتري له طعاما فاشترى فأكفه
 يصير مشتريا لنفسه وهذا لان سوق الطعام الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها وبائع الطعام من
 يبيع الحنطة ودقيقها وهذا من أبواب الكتاب ليس من فقه الشريعة في شيء وأما الكلام
 في المسئلة من حيث الاستدلال فينبني على معرفة النص فنقول حكم نص الربا وجوب
 المائلة في المعيار شرط لجواز العقد ثم ضرورة الفضل لعدم تلك المائلة ربا لوجوب المائلة لا
 كما قاله الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات ثم المائلة شرط لازالة فضل حرام والدليل
 على ما قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الحنطة بالحنطة مثل بمثل فقد أوجب المائلة لجواز
 العقد ثم جعل الفضل بعد تلك المائلة بقوله عليه الصلاة والسلام والفضل ربا وفي الحديث
 الآخر قال لا تبيعوا البر بالبر الا سواء بسواء وبالإجماع المساواة في الكيل فعرفنا ان المراد
 اشتراط المائلة لجواز العقد لان الكلام المقيد بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى فيكون

المعنى فساد البيع عند عدم المائلة التي هي واجبة واذا ثبت ان الحكم وجوب المائلة
 ولا يتصور ثبوت الحكم بدون محله عرفنا ان المحل الذي لا يقبل المائلة لا يكون مال الربا
 أصلاً والخفة والتفاحة لا تقبل المائلة بالاتفاق فلم يكن مال الربا والدليل عليه أن صاحب
 الشرع صلى الله عليه وسلم ما نص على حكم الربا الا مقروناً بالخلص فكل علة توجب الحكم
 في محل لا يقبل المخلص أصلاً فهي علة باطلة والطعم بهذه الصفة فانها توجب الحكم في الرمان
 والسفرجل ولا يتصور فيه المخلص وكذلك قوله لا تبسوا البر بالبر الاسواء بسواء كلام
 مقيد بالاستثناء والمستثنى من جنس المستثنى منه لان الاستثناء لاخراج مالولاه لكان
 الكلام متناً ولاله وان كان المستثنى الكثير القابل للمائلة لا يتناوله الحديث أصلاً فان قال
 هو استثناء مقطوع بمعنى لكن أى جعلته سواء بسواء فبيعوا أحدهما بالآخر قلنا هذا
 مجاز ولا يترك العمل بالحقيقة الا عند قيام الدليل وباعتبار الحقيقة يتبين أن حكم النص
 وجوب المائلة فيما يختص بمحل قابل للمائلة والدليل عليه أنه لو باع قفيز حنطة يملكه بقفيز
 حنطة ارخوة أو قدأ كلها السوس يجوز وقد تيقنا بفضل في الذات ومع ذلك جاز العقد
 لوجود المائلة في القدر فان قال سقط اعتبار الفضل القائم في الذات لوجود المساواة في القدر
 قلنا هذا جائز ولكن عند قيام الدليل فاذا أمكن أن يجعل الحكم في الذات وجوب المائلة
 والفضل الذي هو ربا بعد تلك المائلة فلا حاجة بنا الى اسقاط ما هو موجود حقيقة خصوصاً
 فيما اذا بنى أمره على الاحتياط وهو الربا والذي قال ان الاسم غير عما عليه مقتضى اللغة
 ممنوع فانه دعوى المجاز أيضاً فلا يمكن اثباته أيضاً الا بدليل فاما حديث عمر رضى الله عنه
 فله تأويلان (أحدهما) أن المراد بقوله وان من الربا أبواباً لا يكمن يخفين على أحد . منها السلم
 في السن ما كانوا اعتادوا في الجاهلية أن الواحد منهم يسلم في ابنة مخاض فاذا حل الاجل
 زاده في السن وجعله ابنة لبون ليزيده في الاجل ثم يزيده الى سن الحقة والجذعة وفي ذلك
 نزل قوله تعالى (ولا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة) فتلك الزيادة خالية عن عوض هو مال
 ولهذا قال انه من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد (والثاني) أن المراد السلم في الحيوان
 والحيوان مما يتفاوت والمسلم فيه دين فانما يصير معلوماً بذكر الوصف ورأس المال بمقابلة
 الاوصاف المذكورة عند العقد ثم عند القبض يتمكن التفاوت في المالية بين المقبوض
 والموصوف عند العقد لا محالة فتلك الزيادة كأنها خالية عن عوض هو مال ولهذا جعل

من الربا الذي لا يكاد يخفى على أحد وإن سلموا أن حكم النص وجوب المماثلة لا يبقى لهم شيء لأن وجوب المماثلة لا تكون الا في محل قابل للمماثلة وإن لم يسلموا فالدليل على اثبات هذه القاعدة أن الاموال أنواع ثلاثة متفاوتة في نفسها كالثياب والدواب فلا تجب المماثلة فيها للمبايعة وامثال متقاربة كالسهم ولا تجب المماثلة فيها أيضاً للمبايعة وامثال متساوية كالفلوس الرائجة وتجب المماثلة فيها حتى اذا باع فلان بغير عينه بفلسين بغير أعينهما لا يجوز للرسة فان بيع فلس بفلس جائز بل لوجوب المماثلة فان أحدى الفلسين يبقى بغير شيء لما كانت أمثالا متساوية بصفة الرواج فيكون ذلك ربا وإذا كان كل واحد منهما بعينه فكان المتعاقدين أعرضا عن الاصطلاح على كونها أمثالا متساوية ولهذا يتعين بالتعيين فتصير أمثالا متقاربة كالجوز والبيض اذا عرفنا هذا فنقول الشرع هنا نص على اشتراط المماثلة في هذه الاموال فعرفنا أنها أمثال متساوية وانما تكون أمثالا متساوية بالجنس والقدر لان كل حادث في الدنيا موجود بصورته ومعناه فانما بطلت المماثلة من هذين الوجهين والمماثلة صورة باعتبار القدر لان المعيار في هذا المقدار كالطول والعرض والمماثلة معنى باعتبار الجنسية ولكن هذه المماثلة لا تكون قطعاً الا بشرط وهو سقوط قيمة الجودة منها لجواز أن يكون احدهما أجود من الآخر واذا سقطت قيمة الجودة منها صارت أمثالا متساوية قطعاً فانما يقابل البعض ببعض في البيع من حيث الذات فاذا كان في أحد الجانبين فضل كان ذلك الفضل خاليا عن المقابلة كالخيطين اذا تقابلا وأحدهما أطول فتلك الزيادة تكون خالية عن المقابلة والفضل الخالي عن المقابلة ربا فاذا جعل شرطا في العقد فسد به العقد وهكذا في سائر الاموال الا ان الفضل الخالي عن المقابلة هناك انما يظهر بالشرط حتى لو باع ثوبا بثوب بشرط ان يسلم له مع ذلك ثوبا آخر لا يجوز لان هناك الفضل يظهر بالشرط وهنا يظهر شرعا لوجوب المماثلة فثبت بما قررنا ان العلة لهذا الحكم بالتأثر في ايجاب المماثلة وهو الجنس والقدر وان شرط عمل العلة سقوط قيمة الجودة منها وهذا شرط عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سواء وبديل مجمع عليه وهو انه لو باع قفيز حنطة بقفيز حنطة ردية ودرهم لا يجوز وما كان مالا متقوماً يجوز الاعتياض عنه كالبيع وانما يجوز الاعتياض عما فسد بتقومه شرعا كالخمر ونحو ذلك فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة هنا عرفنا انه لا قيمة للجودة عند المقابلة بالجنس ثم اثبات الحكم بهذا الطريق يكون على موافقة الاصول وعلى

ما يدعيه الخصم ان الحكم حرمة فضل في الذات يكون اثبات الحكم على مخالفة الاصول
 فالبيع ما شرع الا لطلب الربح والفضل فالفضل الذي يقابله العوض حلال ككسبه بالبيع
 فكيف يستقيم ان يجعل حراما بالرأى وان أردت تحرير النكتة قلت التفاح والرمان مال لم
 يسقط قيمة الجودة منه عند المبيعة فيجوز بيع بعضه ببعض كيف ما كان كالثياب
 والدواب ثم تقريره من الوجه الذي ذكرنا وبهذا يعلل في القليل من الحنطة كالحفنة
 ونحوها فان قيل كيف يستقيم هذا ولو غصب من آخر حفنة من حنطة فنقصت عنده ايس
 للمغصوب منه ان يضمه النقصان مع أخذ حنطته ولو كان للجودة منها قيمة لكان له ذلك
 كافي التفاح والرمان والثياب ونحوها قلنا الواجب على الغاصب ضمان القيمة لان الحفنة ليست
 من ذوات الامثال فان المائلة بالمعيار وليس للحفنة معيار فعرفنا ان الواجب هو القيمة وقد
 بينا ان المالية والقيمة في الحنطة لا تعلم الا بالكيل فلا بد من اظهار قيمة هذا المغصوب من
 اعتبار الكثير وهو القفيز وعند اعتبار ذلك لا قيمة للجودة فلا يمكن معرفة النقصان
 ليجب ذلك على الغاصب ويمكن معرفة القيمة بالحرز فيوجب القيمة ويكون شرط
 الاستيفاء تسليم العين الى الغاصب فاذا أراد استرداد العين لم يكن له أن يرجع بشيء كما لو
 قطع يد عبد عند انسان فأراد المولى امساك العبد لم يرجع بشيء على قول أبي حنيفة وعلى هذا
 الاصل قلنا لو باع حفنة بقفيز لا يجوز أيضا لان القفيز لا قيمة للجودة منه فتكون
 المقابلة باعتبار الذات فيظهر الفضل الخالي عن المقابلة بخلاف الحفنة بالحفتين فكل واحد
 منهما يقابل الآخر في البيع والشراء من غير اعتبار القفيز وبدون اعتباره للجودة قيمة فلا
 يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ويتبين بما ذكرنا فساد علة الخصم بالطعم والثمن فانها علة قاصرة
 لا تتعدى الى الفروع ولانها تثبت الحكم على مخالفة الاصول ولان الطعم عبارة عن أعظم
 وجوه الانتفاع بالمال وكذلك الثمن فانها تنبئ عن شدة الحاجة اليه وتأثير الحاجة في الاباحة
 لا في الحرمة كتناول الميتة تحل باعتبار الضرورة ولا معنى لما قال ان الشرع ما حرم البيع في
 هذه الاموال الا ما حرم في سائر الاموال وهو الفضل الخالي عن المقابلة وهذا لان هذه
 الاموال بذلة كسائر الاموال حتى يجوز تناولها بدون الملك بالاباحة وبالمالك بغير عوض
 وهو الهبة بخلاف البضع فانه مصنوع عن الابتدال يلحق بالنفوس فيجوز ان يشترط
 في النكاح زيادة شرط لاظهار خطر المحل وبهذا تبين فساد ما قال ان الاسم المشتق

من فعل اذا علق به الحكم يصير ذلك الفعل علة لانه انما يكون ذلك الفعل علة اذا كان صالحا له كالزنا والسرقة واذا كانت الثمنية والطعم ينبتان عن شدة الحاجة فلا يصلح ان يكونا علة للحرمة والذي قال ان صاحب الشرع نص على الاشياء الاربعة قلنا قد نص على الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض فينبغي ان تكون العلة في الكل واحدة وذلك الجنس والقدر ثم الكيل والوزن اختلاف عبارة في القدر كـ لصاع والقفيز ونحوه فاما اذا كانت العلة في النفود الثمنية وفي سائر الاشياء الاربعة الطعم لم يستقيم عطف بعضها على البعض اذا لا موافقة بين الثمنية والطعم والذي قال القدر علة للخلاص لا كذلك قدينا ان جواز البيع في هذه الاموال أصل حيث مفسد انما يفسد لوجود العلة المفسدة لذلك فاما جواز باعتبار الاصل لا باعتبار المخلص ولئن كان هذا مخلصا فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الربا في حالة الفضل والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين كالنكاح يثبت المحل للمنكوحه والحرمة في أمها وانما جعلنا القدر مخلصا لان خلاص عن الربا بالمساواة في القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن فكذلك الوقوع في الربا بالفضل على القدر وذلك لا يعرف الا بالكيل والوزن وربما يقول بعضهم ان الحنفية مقدرة الا أنه لا يمكن معرفته مقدارها الا بضم أمثالها اليها ولا تخرج به من أن تكون مقدارا كالصبرة وهذا فاسد فان المقدر لا يمكن معرفته مقداره فاذا ضم الى الحنفية أمثالها وكيلت يصير مقدار القفيز معلوما لا مقدار الحنفية بخلاف الصبرة فانها اذا فرقت اجزاء وكيلت يصير مقدار الصبرة معلوما فاما علة ربا النساء أحد هذين الوصفين اما الجنس أو القدر ثبت ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم بعد الاشياء الستة واذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فقد أني ربا النساء بعد انعدام الجنسية لبقاء أحد الوصفين والشافعي لا يخالفنا فيما هو العلة عنده أيضا وانما يخالفنا في الجنسية بناء على أصله ان الجنسية شرط لا علة وسنبين هذا الفضل في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى وعن ابراهيم قال أسلم ما يكال فيما يوزن وأسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم بالوزن فيما يوزن ولا ما يكال فيما يكال واذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحدا باثنين يدا بيد ولا بأس به نسيئة وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد يدا بيد ولا خير في نسيئته وتقول أما قوله أسلم ما يكال فيما يوزن غير مجري على ظاهره بل المراد اذا كان الموزون مما يصلح ان يكون مسلما فيه

بان يكون مبيعاً مضبوطاً بالوصف حتى اذا أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا
 وللشافعي قول في القديم ان ذلك يجوز بناء على مذهبه ان النقد يصلح أن يكون مبيعاً حتى
 يتعين بالتعين فأما عند الذهب والفضة لا يصلح أن يكون مبيعاً حتى يتعين بالتعين
 والمسلم فيه مبيع فاذ لم يكن هذا أسماً . قال عيسى ابن إبان يكون هذا عقداً باطلاً وكان
 أبو بكر الأعمش يقول انه يبيع الحنطة بدراهم مؤجلة فيكون صحيحاً لان تحصيل
 مقصود المتعاقدين بحسب الامكان واجب وقد قصدوا مبادلة الحنطة بالدراهم مؤجلة
 وما ذكره عيسى أصح لان المقود عليه في السلم المسلم فيه فانما يشتغل بتصحيح العقد
 في المحل الذي أوجبنا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه لتصحيحه في محل آخر لانهما
 لم يوجبا العقد فيه وقوله وأسلم ما يوزن فيما يكال مجرى علي ظاهره فان إسلام المكيل في
 الموزون جائز على كل حال لانعدام الوصفين جميعاً اذ لا تفارق بين البديلين في الجنس ولا
 في القدر والموزون غير المكيل وقوله ولا تسلم ما يوزن فيما يوزن غير مجرى علي ظاهره
 أيضاً بل المراد اذا كانا متفقين في المعنى بان كانا مثمين كالزعفران مع القطن فاما اذا
 كانا مختلفين في المعنى فذلك جائز كما لو أسلم النقود في الزعفران أو الحديد أو القطن فانه
 يجوز والعراقيون من مشايخنا رحمهم الله يقولون الجواز للحاجة لان رأس المال يكون
 من النقود عادة والحاجة تمس الي اسلامها في الموزونات والمكيلات جميعاً ولكن هذا كلام
 من يجوز تخصيص العلل الشرعية ولسنا نقول به بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى
 وحكما فان الوزن في النقود ليس نظير الوزن في الزعفران فان الزعفران يوزن بالامناء
 ويكون مثمناً يتعين في العقود والنقد يوزن بالصنجات ويكون ثمناً لا يتعين في العقد ومن
 حيث الحكم صفة الوزن يلزم في الزعفران حتى لو اشترى زعفراناً بشرط الوزن ليس له
 أن يتصرف فيه قبل أن يزنه ولا يلزم في النقود حتى لو باع شيئاً بدرهم بشرط الوزن كان
 له ان يتصرف فيه قبل أن يزنه فما كان هذا الا نظير الموزون مع المكيل فانهما استويا من حيث
 ان كل واحد منهما مقدر صورة ولكن لما اختلفا في المعنى والحكم جوز اسلام أحدهما في
 الآخر فكذلك النقود مع سائر الموزونات وقوله ولا ما يكال فيما يكال مجرى علي ظاهره
 فان إسلام المكيل في المكيل لا يجوز بحال لاتفاقهما في قدر واحد وقوله واذا اختلفا النوعان
 مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به واحداً بأثنين يداً بيد هذا مجرى علي ظاهره لانعدام

العلة المحرمة للفضل وقوله ولا بأس به نسيئة هذا غير مجرى على ظاهره ولكن المراد اذا كان ما يجعل مسلماً فيه يصير مضبوطاً بالوصف على وجه يلتحق بذكر الوصف بذوات الامثال حتى لو أسلم ثوباً في جوهرة أو درة لا يجوز وكذلك في الحيوان عندنا وقوله وان كان من نوع واحد مما لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد هذا مجرى على ظاهره وهو متفق عليه لقوله صلى الله عليه وسلم لا بأس ببيع النجاسة بالابل والفرس بالافراس يداً بيد وقوله لا خير فيه نسيئة هو قول علماءنا رحمهم الله فان الجنس عندنا يحرم النساء بانفراده حتى لو أسلم ثوباً هروياً في ثوب هروى لا يجوز عندنا وعند الشافعي يجوز وكان مالك رحمه الله يقول إن اختلفا في الصفة يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة ولو أسلم هروياً في مروي جاز عندنا وعند ابن أبي ليلى لا يجوز فكأنه يجعل اختلاف الجنس باختلاف الاصل فاما اذا اتحد الاصل فالكل عنده جنس واحد أو باعتبار تقارب المنفعة يجعل المروى والمروى جنساً واحداً وقد نقل ذلك عنه في الحنطة والشعير أيضاً أنهما من جنس واحد لتقارب المنفعة لكن هذا بعيد فان النبي صلى الله عليه وسلم عطف الشعير على الحنطة ثم قال (واذا اختلفا النوعان فكذلك بيان أنهما جنسان) وكذلك المصنوع من أصل لا يكون جنساً للاصل كالقطن مع الثوب فكيف يكون جنساً لمصنوع آخر على هيئة أخرى من ذلك الاصل فعرفنا أن باتحاد الاصل لا تثبت المجانسة وباختلاف الصفة لا تنعدم المجانسة أيضاً كما في الاموال الربوية فالحنطة الغفنة مع الحنطة الجيدة جنس واحد وكذلك السقي مع التجنيبي والفارسي مع الدقل في التمر جنس واحد مع اختلاف الوصف فأما الشافعي فأما بني مذهبه على ما قلنا أن الجنسية عنده شرط وقد ينادى فساد ذلك وعلى سبيل الابتداء يحتاج بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشاً فقوت الابل فأمرني أن اشترى بعيراً بغيرين إلى أجل وعن علي رضي الله تعالى عنه انه باع بعيراً يقال له عصفور بعشرين بعيراً إلى أجل وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه باع بعيراً بأربعة أبعرة إلى أجل ولان هذا عقد جمع بين بديلين لو قبل كل واحد منهما بجنسه عينا حل التفاضل بينهما فيجوز اسلام أحدهما في الآخر كالمروى مع المروى وتأثير هذا الكلام أن باعتبار التأجيل في أحد البديلين يظهر التفاوت في المالية حكماً والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً من التفاوت في المالية حكماً فاذا كان التفاوت في المالية في هذه

الاموال حقيقة لا أثر له في المنع من جواز العقد فالتفاوت حكماً أو الى وهذا لان حكم
 الربا في خاص من الاموال وجعل الجنسية علة تؤدي الى تعميم حكم الربا في كل مال فاما من
 مال الا وله جنس فما كانت الجنسية الا نظير المالية ثم لا يجوز جعل المالية علة الربا كذلك
 الجنسية وحجتنا في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان
 بالحيوان نسيئة ولا يحمل هذا علي النسيئة من الجانبين لان ذلك يستفاد بنهيه صلى الله عليه
 وسلم عن بيع الكليء بالكليء ولأنه اذا قيل باع فلان عبده بالحيوان نسيئة فانما يفهم منه
 النسيئة في البدل خاصة ومطلق الكلام محمول على ما يتفاهمه الناس وتأويل ما رويوا من
 الآثار أنه كان قبل نزول آية الربا وكان ذلك في دار الحرب وعندنا لا يجوز الربا بين المسلم
 والحربي في دار الحرب فتجهيز الجيش وان كان في دار الاسلام تقل الالات كما لو كان في
 دار الحرب لعزتها في دار الاسلام يومئذ ولان النبي صلى الله عليه وسلم سوى بين الجنسية
 والقدر في أول الحديث ثم قال (واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون بداً
 بيد فقد أبقى ربا النساء لبقاء ما هو قربه وهو الجنس فكان ذلك تنصيصاً على ثوب ربا
 النساء عند وجود الجنسية) لانه متى ثبتت المساواة بين الشئتين بالنص ثم خص جنس أحدهما
 بحكم كان ذلك تنصيصاً على ذلك الحكم في الآخر كالرجل يقول اجعل زيداً وعمراً في العطية
 سواء ثم يقول اعط زيداً درهما يكون ذلك تنصيصاً على أن يعطى عمراً أيضاً درهما ولا يستقيم
 اعتبار ربا النساء ربا الفضل لاتفاقنا على ان ربا النساء أعم حتى يثبت في بيع الخنطة بالشعير
 وان كان لا يثبت ربا الفضل وليس الجنس كالمالية لان جعل المالية علة تؤدي الى تعميم الربا في
 البيوع كلها لان البيع لا يجوز الا في مال متقوم والشرع فصل بين البيع والربا ففرقنا أن
 المالية ليست بعلة فيه وليس في جعل الجنسية علة تعميم الربا في العقود كلها والقياس على أصول
 تنعدم فيها الجنسية باطل لان انعدام الحكم عند عدم العلة دليل صحة العلة لا دليل فسادها
 ولان اسلام الشيء في جنسه يؤدي الى اخلاء العقد عن الفائدة والى أن يكون الشيء الواحد
 عوضاً ومعوذاً الى فضل خال عن العوض مستحق بالبيع وذلك باطل بيانه أنه اذا أسلم ثوباً
 هروياً في ثوب هروى فإنه يلزم تسليم رأس المال في الحال ثم اذا حل الاجل يرد ذلك الثوب
 بعينه والمقبوض بحكم السلم في حكم عين ما يتناوله العقد فلو جوزنا هذا العقد لم يكن مفيداً
 شيئاً ويكون الثوب الواحد عوضاً ومعوذاً واذا أسلم ثوباً هروياً في ثوبين هرويين لو جوزنا

ذلك لكان إذا حل الاجل أخذ منه ذلك الثوب بعينه وثوباً آخر فالثوب الآخر يكون فضلاً خالياً عن العوض مستحقاً بالبيع وهو الربا بعينه . قال (واذا أسلم الرجل في الطعام كيلاً معلوماً وأجلاً معلوماً وضرباً من الطعام وسطاً أو ردياً أو جيداً واشترط المصان الذي يوفيه فيه فهو جائز) . قال رحمه الله تعالى (إعلم بان السلم أخذ عاجل بأجل وهو نوع يبيع لمبادلة المال بالمال اختص باسم) لاختصاصه بحكم بدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البديلين وتأخير الآخر كالصرف وقيل السلم والسلف بمعنى واحد وإنما سمي هذا العقد به لكونه معجلاً على وقته فان أو ان البيع مابعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد وإنما يقبل السلم في العادة فيما ليس بموجود في ملكه فليكون العقد معجلاً على وقته سمي سلفاً وسلفاً والقياس يأبى جوازه لانه يبيع المعدوم ويبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل فيبيع المعدوم أولى بالبطان ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) وقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أشهد ان السلم المؤجل في كتاب الله تعالى أنزل فيه أطول آية وتلى هذه الآية والسنة ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ففي هذا دليل أنه جوزه للحاجة مع قيام السبب المعجز له عن التسليم وهو عدم وجوده في ملكه ولكن بطريق إقامة الاجل مقام الوجود في ملكه رخصة لان بالوجود في ملكه يقدر على التسليم وبالأجل كذلك فانه يقدر على التسليم إما بالتكسب في المدة أو بحجى أو ان الحصاد في الطعام وفي الحديث عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال صلوات الله تعالى عليه من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد قرره على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد ثم الشرائط التي يحتاج الى ذكرها في السلم عند أبي حنيفة سبعة (اعلام) الجنس في المسلم فيه (واعلام النوع) (واعلام القدر) و(اعلام الصفة) و(اعلام الاجل) و(اعلام المصان) الذي يوفيه فيه فيما له حمل ومؤنة واعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره والاصل في هذه الشرائط الحديث الذي روينا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باعلام القدر بأن ترك إعلامه يفضي الى المنازعة التي تمنع البائع عن التسليم والتسلم فدل ذلك عن ان كل جهالة تفضي الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم يجب ازالتها بالاعلام وجهالة الجنس تفضي الى ذلك لانه اذا أسلم في شيء

فرب السلم يطالبه بأعلا الأشياء والمسلم اليه لا يعطى إلا أدنى الأشياء ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام الجنس لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام النوع فانه إذا أسلم اليه في تمر فالمسلم اليه يعطيه الدقل ورب السلم يطالبه بالفارسي ويحتج كل واحد منهما على صاحبه بمطلق الاسم فلا بد من اعلام النوع لقطع هذه المنازعة وكذلك اعلام الصفة لانه إذا أسلم اليه في الخنطة فرب السلم يطالبه بخنطة جيدة والمسلم اليه لا يسلم إلا الرديء ويحتج كل واحد منهما باسم الخنطة فلا بد من بيان الصفة لقطع هذه الخصومة واعلام القدر منصوص عليه في الحديث وجهاته تفضي الى المنازعة ولان المقصود بهذا العقد الاسترباح ولا يعرف ذلك إلا بمعرفة مقدار المالية والمالية تختلف باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر فلا بد من اعلام ذلك كله ليصير ماهو المقصود لكل واحد منهما معلوما له فأما الاجل فهو من شرائط السلم عندنا وقال الشافعي الاجل يثبت ترفها لا شرطا حتى يجوز السلم عندنا حالا في الموجود فأما في المعدوم لا يجوز السلم الا مؤجلا واحتج في ذلك بالحديث ورخص في السلم فائدت في السلم رخصة مطلقة واشتراط التأجيل فيه لا يكون زيادة على النص والمعنى فيه أنه صار معاوضة مال بمال فيكون الاجل فيه ترفها لا شرطا كالبيع والاجارة وهذا لان المسلم فيه دين وشرط جواز العقد القدرة على التسليم وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم والظاهر من حال العاقل انه لا يقدم على التزام تسليم مالا يقدر على تسليمه فاذا قيل السلم فيما هو موجود في العالم فالظاهر انه قادر على تسليمه وذلك يكفي لجواز العقد وان لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من رأس المال يقدر على التحصيل والتسليم ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبض المسلم فيه وبهذا فارق الكتابة الحالة . قال (فاني لا أجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء) فلا يكون قادرا على تسليم البدل وربما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل الابدية فلماذا لا أجوزه الا مؤجلا فأما المسلم اليه حر من أهل الملك قبل العقد فالظاهر قدرته على التسليم الا ان يكون معدما في العالم فحينئذ لا يقدر على التسليم الا بوجوده في أوانه فلا يجوز السلم فيه الا مؤجلا وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر والمراد ببيان أن الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من أراد الصلاة فليتوضأ

الا أن يكون المراد به اذا أسلم مؤجلا ينبغي أن يكون الاجل معلوما وفي قوله صلى الله عليه
 وسلم رخص في السلم ما يدل على الاجل أيضا لان الرخصة في الشيء تيسير مع قيام المانع
 والمانع هو العجز عن التسليم فعرفنا أنه رخص فيه مع قيام العجز عن التسليم باقامة الاجل
 مقامه لان به يقدر على التسليم اما بالتكسب أو بمجئ زمان الحصاد وهو كالرخصة في المسح
 على الخفين فان اقامة المسح مقام الغسل للتيسير وهو المعنى في قوله في المسئلة فاننا نقول باع ما لا يقدر
 على تسليمه عند وجوب التسليم فلا يجوز العقد كما لو قيل السلم في المعدوم حالا وبيان
 ذلك أن عقد السلم من عقود المفاليس فانه يكون بدون ثمن المثل ولو كان موجودا في ملكه
 لكان يبيعه بأوفي الاثمان ولا يقبل السلم فيه بدون القيمة ولا يقال انه انما يقبل السلم فيه
 لاسقاط مؤنة الاحضار والاراءة للمشتري فيه لان صاحب الشرع استثنى السلم من بيع ماليس
 عند الانسان وبالاجماع المراد بيع ماليس في ملكه فان ما في ملكه وان لم يكن حاضرا يجوز بيعه
 اذا كان المشتري رآه قبل ذلك وما ليس في ملكه وان كان حاضرا لا يجوز بيعه فعرفنا
 أن المراد قبول السلم فيما لا يقدر على تسليمه وبالعقد لا يصير قادرا على التسليم لان العقد
 سبب للوجوب عليه لاله فلا تثبت به قدرته على التسليم وانما تكون قدرته بالاكتساب
 ويحتاج ذلك الى مدة فاذا كان مؤجلا لا يظهر المانع وهو عجزه عن التسليم واذا كان حالا يظهر
 المانع والدليل عليه أن بالاتفاق يجب تسليم رأس المال أولا فلو جاز أن يكون المسلم فيه حالا لم
 يجب تسليم رأس المال أولا لان قيضة المعاوضة التسوية بين المتعاقدين في التمليك والتسليم
 ويتضح هذا فيما اذا كان رأس المال عينا فان أول التسلمين في البذل الذي هو دين كالثمن في
 بيع العين والدليل عليه ان السلم اختص بالدين مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود فما
 كان ذلك الا لاختصاصه بحكم يختص به الدين وليس ذلك الا لاجل وبه يبطل قولهم ان السلم
 الحال أبعد عن الغرر من المؤجل لان السلم في العين أبعد عن الغرر من السلم في الدين ومع
 ذلك اختص السلم بالدين وهذا بخلاف الكتابة عندنا فان البذل في الكتابة معقود به لا معقود
 عليه والقدرة على تسليم المعقود به ليس بشرط لجواز العقد كالثمن في المبيع فاما المسلم فيه
 معقود عليه والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين ولان الكتابة
 عقد ارفاق فالظاهر ان المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبذل وأما السلم عقد تجارة وهو
 مبنى على الضيق فالظاهر انه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجز عن ذلك فلهذا لم يجوزه

الا مؤجلا ولم يبين في الكتاب أدنى الاجل في السلم وذكر أحمد بن أبي عمران من
 أصحابنا رحمهم الله تعالى أن أدنى الاجل فيه ثلاثة أيام اعتباراً للاجل بالخيار الذي ورد الشرع
 فيه بالتقدير بثلاثة أيام وكان أبو بكر الرازي يقول أدنى الأجل فيه أن يكون أكثر من
 نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا
 يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم ومن مشايخنا رحمهم الله تعالى من قال
 أدنى الاجل شهراً استدلالاً بمسئلة كتاب الايمان اذا حلف المدين ليقضين دينه عاجلاً
 فقصاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فاذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر فما فوقه
 في حكم الآجل فاما تعجيل رأس المال فنقول اذا كان رأس المال دراهم أو دنانير يكون
 التعجيل فيه شرطاً قياساً واستحساناً لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فيكون
 هذا بيع الدين بالدين وذلك لا يجوز لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ
 بالكالئ يعني النسيئة بالنسيئة فاما اذا كان رأس المال عروضاً هل يكون التعجيل شرطاً القياس
 أن لا يكون شرطاً وفي الاستحسان يكون شرطاً وجه القياس ان العروض سلعة تتعين
 في العقود بخلاف الدراهم فلم يشترط التعجيل لا يؤدى الى بيع الدين بالدين وجه الاستحسان
 ان السلم أخذ عاجل بآجل والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه
 ثابتاً على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت أحكامها
 بمقتضيات أساميها لغة ومن علماؤنا رحمهم الله تعالى من عبر وقال شرط جواز السلم اعلام قدر
 رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبعضهم عبر بعبارة أخرى شرط جواز السلم
 أن يكون المسلم فيه مضبوط الوصف معلوم القدر موجوداً من وقت العقد الى وقت التسليم
 فاما بيان مكان الإيفاء فيما له حمل وموئمة من شرائط جواز السلم في قول أبي حنيفة الآخر
 وكان يقول أولاً ليس بشرط ولكن ان بين مكانا تعين ذلك المكان للإيفاء وان لم يبين
 يتعين موضع العقد للإيفاء وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وحجتهم في ذلك ان
 موضع العقد موضع الالتزام فيتعين للإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك
 وهذا لان المسلم فيه دين ومحل الذمة فانما يصير مملوكاً لرب السلم في ذلك المكان والتسليم
 انما يجب في الموضع الذي ثبت الملك له فيه ألا ترى أن من باع حنطة بعينها بالسواد يجب
 تسليمها موضع الحنطة لانه ملكها في ذلك الموضع ولان أحد البديلين وهو رأس المال يجب

تسليمه في موضع العقد وكذلك البذل الآخر لان العقد في حكم مكان التسليم مطلق فيقتضى المساواة بين البذلين وبأن جاز تعبيره بالشرط فذلك لا يدل على أنه غير ثابت بمطلق العقد ويجوز تعبيره باشتراط الاجل والمطلق بمطلق البيع ثبت عقيب العقد ويجوز تعبيره بشرط الخيار وتوجه المطالبة بتسليم الثمن ثابت بمطلق العقد عقبيه ثم يجوز تعبيره باشتراط الاجل وأبو حنيفة يقول مكان الأيفاء مجهول وجهالته تفضى الى المنازعة فيجب التحرز عن ذلك باعلامه كزمان التسليم وانما قلنا ذلك لان موضع الالتزام انما يتعين للتسليم بسبب يستحق به التسليم بنفس الالتزام كالقرض والغصب والاستهلاك والسلام لا يجوز الا مؤجلا فعرفنا انه لا يستحق التسليم عقيب العقد فيه بحالى وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا ندرى أنه في أى مكان يكون ثم قال (أرايت لو عقد عقد السلم في السفينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الاجل) هذا مالا يقوله عاقل والدليل عليه أن مكان العقد لو تعين لتسليم المسلم فيه لم يجز تعبيره بالشرط كما كان البيع في بيع العين فانه لو باع حنطة في السواد على أن يسلمها في مصر لا يجوز العقد ولما أجاز هنا بيان مكان الأيفاء عرفنا ان موضع العقد غير متعين له وهذا بخلاف رأس المال فانه لما تعين مجلس العقد بتسليمه لم يجز تعبيره بالشرط ثم هناك موضع العقد غير متعين ولكن الشرط تسليم رأس المال قبل الافتراق حتى لو مشى سفر سحبا ثم سلم اليه رأس المال قبل أن يفارقه كان صحيحا فاما فيما لا حمل له ولا مؤنة فلا خلاف أن بيان مكان الأيفاء ليس بشرط ولكن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في أظهر الروايتين يجب تسليمه في موضع العقد لانه موضع الالتزام وفي رواية أخرى عنهما يسلم اليه حيث ماله فيه وهو قول أبي حنيفة سواء بينا المكان أو لم نبين لان الشرط الذي ليس بمفيد لا يكون معتبرا والمالية فيما لا حمل له ولا مؤنة لا تختلف باختلاف الامكنة انما تختلف لعزّة الوجود وكثرة الوجود فاما فيما لا حمل له ولا مؤنة تختلف ماليته باختلاف المكان فان الحنطة والخطب موجود في مصر والسواد جميعا ثم يشتري في مصر باكثر مما يشتري به في السواد وما كان ذلك الا لاختلاف المكان وقد بينا أن ما يختلف مالية المسام فيه باختلافه فاعلامه شرط لجواز العقد وهذا الخلاف في فصول أربعة (أحدها) السلم (والثاني) اذبايع عبدا بحنطة موصوفة في الذمة الى اجل يشترط بيان مكان الأيفاء لجواز العقد عند أبي حنيفة وعندهما لا يشترط بيان مكان الأيفاء (والثالث) اذا استأجر

داراً بماله حمل وموئنة دينافي ذمته عند أبي حنيفة رحمه الله يشترط بيان مكان الايفاء وعندهما
يتعين موضع الدار للاستيفاء لاموضع العقد (والرابع) اذا اقتسما داراً وشرط أحدهما على
صاحبه شيئاً له حمل وموئنة فهو على هذا الخلاف ويأتى بيان ذلك فى الاجارات والقسمة ان
شاء الله تعالى فاما اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على قدره كالمكيل والموزون فشرط
السلم عند أبي حنيفة وعندهما ليس بشرط والاشارة الى عينه تكفى وكذلك اذا كان رأس المال
عددياً متقارباً كالفلوس والجوز والبيض وجه قولهما ان المقصود من اعلام القدر القدرة
على التسليم وانقطاع المنازعة وذلك حاصل بالاشارة الى العين فيغنى ذلك عن اعلام القدر كما
فى الثمن والأجرة وكما فى المضاربة لو دفع اليه دراهم غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف
كان جائزاً والدليل عليه أن رأس المال لو كان ثوباً لا يشترط إعلام ذرعانه والذرع فى
المذروعات للاعلام بمنزلة القدر فى المقدرات الا ترى أن فى المسلم فيه كما يشترط اعلام
القدر يشترط اعلام الذراع اذا كان ثوباً ثم فى رأس المال لا يشترط اعلام الذرع فى المذروعات
لكونه عينا فكذلك لا يشترط اعلام القدر فى المقدرات ومذهب أبي حنيفة مروي عن
ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ذكره فى كتاب الصلح وقول الفقيه من الصحابة رضى الله
تعالى عنهم مقدم على القياس والمعنى فيه أن هذا مقدر يتناوله عقد السلم فلا بد من اعلام
قدره كالسلم فيه وتحققه أن جهالة قدر رأس المال تؤدي الى جهالة المسلم فيه لان المسلم
اليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً وربما يجد بعد ذلك زيواً فيرده ولا يستند له فى مجلس
الرد فيبطل العقد بقدر ما ردوا لا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم فى كم انتقض
السلم وفى كم بقى واذا كان مقدار رأس المال معلوماً بوزن المردود فيعلم انه فى كم انتقض
العقد وما يؤدي الى جهالة المسلم فيه يجب الاحتراز عنه وان كان ذلك موهوماً ألا ترى
انه لو أسلم فى مكيل بمكيل رجل بعينه لا يجوز العقد لانه يتوهم هلاك ذلك المكيل وهو
مخالف لغيره من المكيل فاذا هلك صار مقدار المسلم فيه مجهولاً فكذلك هنا يجب التحرز
عن الجهالة بأعلام مقدار رأس المال بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوباً لان الذرعان فى
الثوب المعين صفة ولهذا لو اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعاً تسلم له
الزيادة ولو وجده تسعة أذرع لا يحط عنه شيئاً من الثمن فالمسلم فيه لا ينقسم على عدد
الذرعان فيشترط فيه اعلامه ثم لا يتصور استحقاق ذرع بعينه من الثوب وانما يتصور استحقاق

النصف أو الثلث وذلك لا يؤدى الى جهالة المسلم فيه وان لم يكن معلوم الذرع بخلاف
المقدار علي ما بيننا وانما لم يذكر في جملة الشرائط تعجيل رأس المال في المجلس لانا عددنا
الشرائط التي يحتاج الى ذكرها في العقد وتعجيل رأس المال ليس من ذلك في شيء لان
ذلك شرط بقاء العقد لا شرط انعقاده صحيحا فان العقد بينهما لازم قبل تعجيل رأس المال
مادما في المجلس فلهذا لم يذكره من جملة الشرائط . قال (واذا شرط طعام قرية بعينها أو
أرض خاصة لا يبقى طعامها في أيدي الناس فالسلم فاسد) لما روى أن زيد بن شعبة أسلم
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في التمر فقال أسلمت اليك في تمر حائط فلان فقال صلى
الله عليه وسلم أما حائط فلان فلا أسلم الى في تمر جيد وفي مثله قال صلى الله عليه وسلم
أرأيت لو أذهب الله ثمرته بم يستحل أحدكم مال أخيه لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو
صلاحها وفي هذا إشارة الى المعنى وهو ان قدرة العاقد على التسليم عند وجوب التسليم شرط
لجواز العقد ولا يعلم قدرته على التسليم عند حلول الاجل الا بوجود الثمار في تلك النخلة
أو الحائط الذي عينه ووجود ذلك موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم وكذلك
اذا عين أرضا لا يبقى طعامها في أيدي الناس فقد رتبته على التسليم عند وجوب التسليم
موهوم . قال (ولا بأس بان يأخذ بعض رأس ماله وبعض ما أسلم فيه اذا حل الاجل عندنا)
وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما وكان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لا يجوز ذلك
وبه أخذ ابن أبي ليلى . قال (واذا أخذ بعض رأس ماله فسد العقد ويسترد ما بقى من رأس
المال) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فاذا أخذ بعض كل واحد
منهما فلم يأخذ لا هذا ولا ذاك فلا يتمكن منه شرعا ولأنه حين أخذ بعض رأس المال فقد
اختار فسخ العقد فيفسخ في الكل وحجتنا في ذلك ان أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في
الكل جاز فلذلك اذا أقاله في البعض يجوز أيضا كما في بيع العين وتأويل الحديث أن النهي عن
أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه وأنه في هذا الموضع ما أخذ غير رأس المال
وغير المسلم فيه وانما يكون ذلك عند الاستبدال وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال
ذلك المعروف الحسن الجميل وكان يكفيه أن يقول جائز وانما ذكر هذا اللفظ لان السلم
بدون ثمن المثل يكون عادة والمسلم اليه يندم عند محل الاجل وقال صلى الله عليه وسلم من
أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم القيامة إلا أنه لو أقاله في الكل فالت مقصود رب السلم وهو

الرجح فأقاله في البعض انتدبا الى ما ندب اليه واستوفى بعض المسلم فيه ليحصلا مقصوده في
الرجح فقيه النظر لهما وهو المعروف الحسن الجليل . قال (والسلم جائز فيما يكال أو يوزن مما
لا ينقطع من أيدي الناس) والاصل فيه ان كل ما كان مضبوطا بوصفه معلوما بقدره
موجودا من وقت عقده الى حين أجله يجوز السلم فيه وما لا فلا وقيل كل ما يمكن أن
يؤتى على حصر متقاربة ويكون مقدور التسليم يجوز السلم فيه وقيل كل ما يمكن معرفة
كميته اجتهدا وكيفيته ضرورة يجوز السلم فيه والمكيلات والموزونات بهذه الصفة . قال (ولا
خير في السلم في الرطبة ولا في الخطب حزما ولا جرزا وأوقارا لأن هذا مجهول لا يعرف
طوله وعرضه وغلظه فان الأوقار تختلف وبسبب هذه الجهالة تتمكن المنازعة بينهما وقد
بيننا أن كل جهالة تفضي الى المنازعة فهي مفسدة للعقد وان عرف ذلك فهو جائز) معناه اذا
بين طول ما تشد به الحزمة أنه ذراع أو شبر فان كان ذلك على وجه لا يتفاوت فحينئذ
يجوز السلم لكون المسلم فيه معلوما مقدور التسليم . قال (ولا خير في السلم في جلود الابل
والبقر والغنم عندنا) وقال مالك بأنه يجوز لانه مقدور التسليم معلوم المقدار بالوزن والصفة
بالذكر ولكننا نقول الجلود لا توزن عادة ولكنها تباع عدداً وهي عديدة متفاوتة فيها الصغير
والكبير فلا يجوز السلم فيها وفي الحاصل هذا مبنى على السلم في الحيوان فقد قامت الدلالة
لنا على أن السلم في الحيوان لا يجوز فكذلك في أبعاض الحيوان ولهذا لا يجوز السلم في
الأكارع والرؤس وكذلك لا يجوز السلم في الأدم والورق لانه مجهول فيه الصغير والكبير
الا أن يشترط من الورق والصحف والأدم ضربا معلوم الطول والعرض والجودة فحينئذ
يجوز السلم فيه كالثياب وكذلك الأدم اذا كان يباع وزنا فانه يجوز السلم فيه بذكر الوزن
اذا كان على وجه لا تتمكن المنازعة بينهما في التسليم والتسليم . قال (ولا خير في السلم
في شيء من الحيوان عندنا) وعند الشافعي يجوز اذا بين الجنس والنوع والصفة والسن
 واحتج في ذلك بما روينا من الآثار أن النبي صلى الله عليه وسلم استقرض بكرأ وقضاه
رباعياً وقال خيركم أحسنكم قضاء والسلم أقرب الى الجواز من الاستقراض فاذا ثبت جواز
استقراض الحيوان بهذا الحديث ثبت جواز السلم فيه بطريق الأولى والمعنى فيه أنه مبيع
معلوم مقدور التسليم فيجوز السلم فيه كالثياب والمكيلات والموزونات وبيان الوصف أنه
يجوز بيعه عينا والدليل على انه معلوم فانه اذا سمي الابل صار الجنس معلوما واذا قال حيوان

صار النوع معلوما وإذا قال جذع أو ثني يصير السن معلوما وإذا قال ثمين تصير الصفة معلومة
واعلام الشيء من الاعيان بهذه الاشياء وشرط جواز العقد اعلام العين ولا يعتبر بعد ذلك
جواز نفع في المالية كما في الذبائح والثياب الفاخرة والدليل عليه أن بني اسرائيل استوصفوا
البقرة فوصفها الله تعالى لهم وادركوها بتلك الصفة حيث قالوا الآن جئت بالحق وقال
صلى الله عليه وسلم لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر اليه فقد جعل
الموصوف من الحيوان كالمرئي والدليل عليه أنه ثبت في الذمة مهرآ وان الدعوى
والشهادة في الحيوان تسمع بذكر الصفة فدل أنها تصير معلومة بذكر الوصف بخلاف
الآلئ والجواهر فالسلم في الصغار من الآلئ يجوز وزنا أما الكبار منها فلا يمكن
إعلامها لكون المقصود التدوير والصفاء والماء وليس لذلك حد معلوم يوقف عليه فإذا بالغ
في بيانه يصير بذلك عديم النظير وفي مثله لا يجوز السلم ولهذا لا يثبت مهرآ في الذمة
وحجتنا في ذلك حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن السلم في الحيوان وفي الكتاب قال (بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه)
وانما فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه دفع
مالا مضاربة إلى زيد بن خليفة فأسلمها زيد إلى عتوب بن عرقوب في قلانص معلومة
فقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه اردد مالنا لا تسلم أموالنا في الحيوان وقدرونا
عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال ان من الربا أبوابا لا يكدن يخفين على أحد
منها السلم في السن وقد بينا تأويل آثارهم وما روى انه استقرض بكرآ فالمراد استعجل في
الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعياً أو استقرض لبيت المال وكما يجوز أن
يثبت لبيت المال حق مجهول يجوز أن يثبت ذلك على بيت المال أيضاً والمعنى فيه أنه أسلم
في مجهول فلا يجوز كما لو أسلم في الحلقات أو الجواهر وهذا لان المسلم فيه مبيع وشرط
جواز العقد القدرة على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه مجهولاً وبين الوصف ان
بعد ذكر الاوصاف التي يشترطها الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية فانك تجد فرسين
مستويين في السن والصفة ثم تشتري أحدهما بأضعاف ما تشتري به الآخر لتفاوت بينهما
في المعاني الباطنة كالحملجة وشدة العدو وكذلك في البعيرين وهذا في بني آدم لا يخفى فان
العبدین والأمتين يتساويان في السن والصفة ويختلفان في المالية لتفاوتهما في الذهن

والكياسة وفيه يقول القائل

رب واحد يعدل الفا زائداً وألف تراهم لا يساؤون واحداً

وكما أن العين مقصود فالمالية أيضاً مقصودة بل أكثر لأن المقصود هو الاسترباح وذلك بالمالية يكون فإذا كان الحيوان بذكر الاوصاف لا يلتحق بذوات الامثال في معنى المالية قلنا لا يجوز السلم فيها بخلاف الثياب فانها مصنوعة بنى آدم فالتم يكن معلوما لهم لا يتمكنون من اتخاذها والثياب اذا نسجت في منوال واحد على هيئة واحدة لا تتفاوت في المالية الا يسيراً ولا معتبر بذلك القدر كالتفاوت بين الجيد والردى في الحنطة في المالية فأما الحيوان مصنوع الله تعالى وذلك يكون على ما يريد فقد يكون على وجه لا نظير له ولو بالغ فاستقصى في بيان وصفه يصير عديم النظير وذلك لا يجوز السلم فيه بالاتفاق ويوضحه ان أقرب الحيوانات الى الثياب النعم وما هو المقصود من النعم غير مرئى بل هو تحت الجلد ويقع فيه تفاوت عظيم وما هو المقصود في الثياب ظاهر مرئى وقد ذكر عمرو بن أبى عمرو عن محمد بن محمد رحمهما الله تعالى قال قلت له انما لا يجوز السلم في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف . قال (لا فانا نجوز السلم في الذبائح ولا نجوز في العصافير) ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الذبائح ولكنه للسنة وانما ذكر الله تعالى لبنى اسرائيل الاوصاف الظاهرة وذلك يمكن اعلامه عندنا ثم كان المقصود التشديد عليهم لما استقصوا في الاستيصال هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وانما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاستيصال خوف الفتنة وذلك يقع بالاوصاف الظاهرة وكذلك سماع الدعوى والشهادة لان الاوصاف الظاهرة منها تصير معلومة وثبوتها في الذمة مهر الكون النكاح مبنياً على التوسع فان المقصود به شئ آخر سوى المالية بخلاف السلم ولهذا يجوز من غير بيان الوصف هناك . قال (ولا بأس بالسلم في الثياب كلها بعد ان يشترط ضرباً معلوماً وطولاً وعرضاً بذراع معلوم واجلاً وصفة معلومة) لان مقدار المالية بذكر هذه الاوصاف يصير معلوماً عادة والتفاوت الذي يقع بعد هذا يسير واليسير من التفاوت غير معتبر لانه لا يتمكن بسببه منازعة مانعة من التسليم والتسلم ولا يشترط الوزن بخلاف الحرير فانه اذا أسلم في الحرير ينبغي أن يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف اللون وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل يقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقيناً انه

لم يرد به قطع الحرير . قال (وكل شيء ينقطع من أيدي الناس فلا خير في السلم فيه) وهذه المسئلة
على أربعة أوجه (أحدها) أن يكون المسلم فيه موجوداً عند العقد منقطعاً عن أيدي الناس عند
حلول الاجل فهذا لا يجوز بالاتفاق لان السلم اليه بالعقد يلتزم التسليم عند حلول الاجل
فاذا لم يكن مقدور التسليم عند ذلك لا يجوز العقد (الثاني) ان يكون منقطعاً وقت العقد
موجوداً في أيدي الناس عند حلول الاجل فهذا لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي (الثالث)
أن يكون موجوداً عند العقد وعند حلول الاجل ولكنه ينقطع عن أيدي الناس فيما بين ذلك
فهذا لا يجوز عندنا وعلى قول مالك والشافعي رحمهما الله (الرابع) أن يكون موجوداً من
وقت العقد الى وقت المحل على وجه لا ينقطع فيما بين ذلك فيكون العقد صحيحاً بالاتفاق
وحجتهم في ذلك حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل
المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين وربما قال ثلاث سنين فقال من اسلم منكم
فليسلم في كيل معلوم ومعلوم أن الثمار الرطبة لا تبقى الى هذه المدة الطويلة ومع هذا قرههم
على السلم فيها والمعنى فيه وهو ان المسلم فيه معلوم مقدور التسليم عند وجوب التسليم فيجوز
العقد كما لو كان موجوداً من وقت العقد الى وقت المحل وبيان الوصف أن وجوب التسليم
بحكم العقد عند حلول الاجل وعند ذلك هو موجود في العالم والقدرة على تسليم الدين
بوجود جنسه في العالم ولا معنى لقول من يقول من الجائز أن يموت المسلم اليه عقيب العقد
فيحل الاجل لان هذا موهوم ولا يبنى العقد على الموهومات الا ترى أن اعتبار هذا الموهوم
يؤدي الى الحل أو جهالة الاجل وذلك مبطل لعقد السلم وان كان موجوداً في الحال فدل أنه
لا يعتبر ذلك وكذلك ان كان ينقطع فيما وراء ذلك المحل يجوز العقد وان كان يتأخر
التسليم الى ان ينقطع وليس هذا نظير ماله عين مكيالاً أو قماً تخالف ما بين الناس لان بطلان
العقد ليس باعتبار هلاك ما عينه بل باعتبار جهالة قدر المسلم فيه كتمعين المسلم فيه لا لانه
يتوهم أو يصيب ثمار تلك النخلة آفة والدليل أن وجود السلم فيه في مكان العقد ليس بشرط
بجواز العقد فكذلك في زمان العقد لا التسليم لا يتأني الا بمكان أو زمان فكل يسقط اعتبار
وجوده في مكان العقد فكذلك في زمان العقد وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم
لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها وفي الحديث المعروف أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى
عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ولم يرد به النهي عن بيعها سليماً والمعنى فيه أن قدرة العاقد

علي تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد كما في بيع العين وهذا لان الملتزم للتسليم هو العاقد
 فيشترط قدرته على التسليم ولا يوجد ذلك اذا كان المسلم فيه معدوما في الحال لان العاقد
 لا يقدر على تسليمه الا بايصال حياته وأن ذلك الشيء وايصال حياته بأوان الوجود موهوم
 وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم فان قيل حياته معلومة في الحال والاصل بقاءه حيا الى
 ذلك الوقت وانما الموت موهوم قبله قلنا نعم ولكن بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب
 الحال فيكون معتبرا في ابقاء ماله على ملكه لا في توريثه من مورثه فهذا الطريق لا تثبت
 قدرته على التسليم الا أن يكون موجودا في الحال حتى تكون حياته متصلة بأوان ذلك الشيء
 ثم عجزه بالموت أو بآخر التسليم الى ان ينقطع موهوم فلا يعتبر ذلك في افساد العقد يقرره ان
 ما بعد العقد بمنزلة حالة المحل لان زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقاءه حيا الى ذلك
 الوقت وذلك موهوم وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشرط موته وذلك موهوم أيضا
 فاستويا من هذا الوجه ثم يشترط الوجود وقت المحل بالاتفاق فلذلك يشترط الوجود
 من وقت العقد الى وقت المحل بخلاف ما وراء المحل لان ذلك ليس بزمان وجوب التسليم
 ابتداء وانما هو زمان بقاء ما وجب من التسليم ولا يعتبر في حالة البقاء ما يعتبر في حالة
 الابتداء كخلو المحل عن الردة والعدة في النكاح والشهود تعتبر عند ابتداء العقد لا عند
 البقاء واعتبار الزمان بالمكان ساقط لانه يتحقق نقله من مكان الى مكان فبانعدامه في مكان
 العقد لا تنعدم القدرة على التسليم ولا يتحقق نقله من زمان الى زمان فتندم القدرة على التسليم
 لعدم الوجود في زمان العقد الا ترى انه لا يشترط وجوده في المكان الذي جملاه محل
 التسليم ويشترط وجوده في زمان المحل وما افترقا الا لما قلنا واذا كان المسلم فيه موجودا
 من وقت العقد الى وقت المحل ثم لم يأخذه بعد محل الاجل حتى انقطع قرب السلم بالخيار
 ان شاء أخذ رأس المال وان شاء صبر حتى يمضي حينه فيأخذ ما أسلم فيه عند علمائنا الثلاثة
 رحمهم الله تعالى وقال زفر يبطل العقد ويسترد رأس المال لان الانقطاع من أيدي الناس
 في العجز عن تسليم الدين بمنزلة هلاك العين في العجز عن التسليم ولو هلك المبيع في بيع العين
 قبل التسليم بطل به البيع فكذلك اذا انقطعت من أيدي الناس وقاس بما لو اشترى بفلوس
 شيئا فكسدت قبل القبض يبطل العقد لهذا المعنى فكذلك اذا انقطع المسلم فيه من أيدي
 الناس وحجتنا في ذلك انه يعذر بتسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيتخير فيه

العاقد كما لو أبق العبد المبيع قبل القبض وهذا لأن المعقود عليه دين وبقاء الدين ببقاء محله
 ومحل الدين إنما هو الذمة فكان المعقود عليه باقيا بقاء الذمة ولكن تأخر تسليمه إلى أوان
 وجوده وفيه يعتبر شرط العقد فيثبت للعاقد الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد رأس المال
 وبين أن يصبر حتى يأتي أوانه فيأخذ المسلم فيه وبه فارق هلاك العين فالمعقود عليه هناك
 يفوت أصلا وكذلك الفلوس إذا كسدت فإن العقد إنما تناول فلوساً هي ثمن فبعد الكساد
 لا يبقى ثمن أصلا يوضحه أن ما يكسد من الفلوس لا يروج بعد ذلك أو لا يدرى متى يروج
 فلم يكن للقدرة فيه على التسليم أو أن معلوم فهذا يبطل العقد هنا لا دراك الثمار للقدرة على
 التسليم أو أن معلوم فيخير رب السلم أن شاء رضى بالتأخير وإن شاء فسخ العقد وأخذ رأس
 ماله . قال (ولا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقثا والخيار وما أشبه ذلك مما
 لا يكال ولا يوزن) لأنه يختلف فيه الصغير والكبير فلا يمكن أن يوثق على حصر مقاربة وأصل
 هذا الجنس مروي عن أبي يوسف . قال (ما يتفاوت آحاده في القيمة فهو عددي متفاوت لا يجوز
 السلم فيه عدداً) وما لا يتفاوت آحاده في القيمة وإن ما يتفاوت أنواعه فهو عددي متفاوت
 لا يجوز السلم فيه عدداً والرمان والبطيخ تتفاوت في المالية آحاده والبادنجان وما أشبه ذلك
 لا يتفاوت آحاده في المالية وعلى هذا الأصل يجوز السلم في البيض والجوز عدداً لأن آحاده
 في المالية لا تتفاوت فانك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين وإنما تتفاوت أنواعه في
 المالية وذلك التفاوت يزول بذكر العدد في العدديات كالقدر في المقدرات وروى الحسن
 عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه لا يجوز السلم في بيض النعام لانه تتفاوت آحاده في
 المالية وعلى قول زفر لا يجوز السلم في البيض والجوز عدداً لأن فيه الصغير والكبير وتجري
 فيه المنازعة بينهما في التسليم والتسلم وإنما يجوز السلم في البيض وزنا وفي الجوز كيلا
 بعد أن يكون بمكيال معروف له ونحن نجوز السلم فيه كيلا أيضا لانه يكال تارة ويعد
 أخرى فتقطع فيه المنازعة بينهما بذكر الكيل كما ينقطع بذكر العدد . قال (ولا بأس بالسلم في
 الفلوس عدداً لانه عددي متقارب أو هي أمثال متساوية قطعاً مادامت متساوية راجعة لسقوط
 قيمة الجودة منها باصطلاح الناس وذكروا بالليث الخوازم عن محمد أنه لا يجوز السلم في الفلوس
 لأنها ثمن مادامت راجعة والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يجوز أن يكون مسلماً فيه كالذهب والفضة
 وبعد الكساد هي قطع صغار موزنة فلا يجوز السلم فيها عدداً ولكن ما ذكره في الكتاب

أصح لأن صفة الثمنية في الفلوس عارضة باصطلاح الناس والمتعاقدان أعرض عن هذا الاصطلاح حين عقد السلم وما أعرض على الاصطلاح على كونه عددياً ولكن ليس من ضرورة خروجه في حقهما من أن يكون ثمناً خروجه من أن يكون عددياً كالجوز والبيض فاما الذهب والفضة ثمن باصل الخلق فلا ينعدم ذلك بجعلها اياه مبيعاً ألا ترى أن الفلوس تروج تارة وتكسد أخرى وتروج في ثمن الخسيس من الاشياء دون النفيس بخلاف النقود ولاخير في السلم في اللحم لانه مختلف في قول أبي حنيفة ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز وقيل لاخلاف بينهما وبين أبي حنيفة بل جواب أبي حنيفة فيما اذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوز ان ذلك وجوابهما فيما اذا بين منه موضعاً معلوماً وأبو حنيفة يجوز ذلك والاصح ان الخلاف ثابت وان عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وان بين منه موضعاً معلوماً وجه قولهما انه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات ويبان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزناً ويجوز اشتراطه وزناً ويجزى فيه الربا بعلّة الوزن ثم الموزون المثلث معتبر بالمكيل المثلث ويجوز السلم فيه وان اشتمل على ماهو مقصود وعلى ما ليس بمقصود كالتمر فما فيه من النوى غير مقصود ولا يمنع ذلك جواز السلم فكذلك ما في اللحم من العظم لان كل واحد منهما ثابت باصل الخلقة والدليل عليه جواز السلم في الآية مع ما فيها من العظم وكذلك يجوز السلم في الشحم لانه موزون فكذلك في اللحم ولا في حنيفة طريقتان (أحدهما) ان اللحم يشتمل على ماهو المقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ماهو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه ألا ترى أنه تجزى المما كسة بين البائع والمشتري في ذلك فالمشتري يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة والمنازعة بينهما لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي في التمر فالمنازعة لا تجزى في نزع ذلك وكذلك العظم الذي في الآية وعلى هذا الطريق اذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والهزال ومقاصد الناس في ذلك مختلفة وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء والسلم لا يكون الا . ووجلا فلا يدري ان عند حلول الحول على أى صفة تكون وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض فالحق لا يكون الا حالاً وفي الحال

صفة السمن والهزال معلومة وبخلاف الشحم والآلية فالتفاوت فيهما من حيث القلة والكثرة
وبذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم سواء وهو الأصح . قال (ولا خير
في السلم في السمك الطرى في غير حينه) لأنه ينقطع عن أيدي الناس ولأنه مختلف فالنكسة
الأولى تدل على أنه إذا أسلم في حينه يجوز والنكسة الثانية تمنع من ذلك وحاصل الجواب
أن السلم فيه في غير حينه لا يجوز وزنا ولا عدداً وفي حينه يجوز وزنا ولا يجوز عدداً لأن
فيه الصغير والكبير إلا أن الناس اعتادوا بيعه وزنا والتفاوت في المائلة ينعدم بذكر الوزن
وأبو حنيفة يفرق بين هذا وبين السلم في اللحم لما بينا أن العظم ليس بمقصود من اللحم حتى
يجرى الماكسة في نزع فانه يشتمل على السمن والهزال وذلك لا يوجد في السمك وروى
الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكبار من السمك الذي يقطع لا يجوز السلم فيها وزنا
بنزلة السلم في اللحم فانه إذا كان يقطع تجرى الماكسة في نزع العظم منه وتختلف رغائب
الناس باختلاف الموضع منه فاما السمك المالح فلا بأس بالسلم فيه وزنا معلوماً ولا خير فيه
عدداً أما الصغار منه فانه يباع وزنا ولا سمن له وهو مما لا ينقطع عن أيدي الناس فيجوز
السلم فيه وزنا وفي الكبار لا يجوز السلم سداً للتفاوت ويجوز وزنا وعن أبي يوسف أنه
لا يجوز ذلك بخلاف اللحم فهناك يتمكن من اعلام موضع الخبث أو الطهر ولا يتأثر ذلك
في السمك فلا يجوز السلم فيه وزناً . قال (وإذا أسلم في الجذوع ضرباً معلوماً وسمى طوله
وغلظه وأجله والمكان الذي يوفيه فيه فهو جائز) لأنه مذكور معلوم كالثياب وكذلك الساج
وصنوف العيدان والخشب والقصب واعلام الغلظ في القصب باعلام ما يسد به الظن بشبر
أو ذراع أو نحو ذلك فعند ذلك لا تجرى المنازعة بينهما . قال (وإذا استصنع الرجل عند الرجل
خفين أو قلائس أو طستاً أو كوزاً أو آنية من أواني النحاس فالقياس أن لا يجوز ذلك) لأن
المستصنع فيه مبيع وهو معدوم ويبيع المعدوم لا يجوز لنبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما
ليس عند الانسان ثم هذا في حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقدة
لم يحز بيعه فكذلك اذا كان معدوماً بل أولى ولكننا نقول نحن تركنا القياس لتعامل
الناس في ذلك فانهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير
نكير منكر وتعامل الناس من غير نكير أصل من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم
ماراه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وقال صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة

وهو نظير دخول الحمام بأجر فانه جائز لتعامل الناس وان كان مقدار المكث فيه وما يصب من الماء مجهولا وكذلك شرب الماء من السقا بفلس والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس وان لم يكن له مقدار فما يشترط أن يصنع من الكنة على ظهره غير معلوم وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر فاذا ثبت هذا يترك كل قياس في مقابلته وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينقصد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحد منهما والأصح انه معاقدة فانه أجرى فيه القياس والاستحسان والمواعيد تجوز قياسا واستحسانا ثم كان أبو سعيد البردعي يقول المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع اشتغال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل والأصح أن المعقود عليه المستصنع فيه وذكر الصنعة لبيان الوصف فان المعقود هو المستصنع فيه ألا ترى انه لو جاء به مفروغا عنه لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه كان جائزا والدليل عليه أن محمدا قال اذا جاء به مفروغا عنه فلم يستصنع الخيار لانه اشترى شيئا لم يره وخيار الرؤية انما يثبت في بيع العين فعرنا أن المبيع هو المستصنع فيه . قال (واذا عمله الصانع فقبل أن يراه المستصنع باعه يجوز بيعه من غيره) لان العقد لم يتعين في هذا بعد ولكن اذا أحضره ورآه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره وقال صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه وعن أبي يوسف قال اذا جاء به كما وصفه له فلا خيار للمستصنع استحسانا لدفع الضرر عن الصانع في افساد أديمه وآلاته فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة فلدفع الضرر عنه قلنا بانه لا يثبت له الخيار وفرق في ظاهر الرواية بين هذا والسلم . و قال لا فائدة في اثبات الخيار في السلم لان المسلم فيه دين في الذمة واذا رد المقبوض عاد دينا كما كان وهنا اثبات الخيار مقيد لانه مبيع عين فبرده يفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله ويوضح الفرق أن اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين فاما اعلام العين فقامه بالرؤية والمستصنع فيه مبيع عين فلماذا يثبت فيه خيار الرؤية . قال (فان ضرب لذلك أجلا وكانت تلك الصناعة معروفة فهو سلم) في قول أبي حنيفة تعتبر فيه شرائط السلم من قبض رأس المال في المجلس ولا خيار فيه لرب السلم اذا أحضره المسلم اليه وهو عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى استصناع علي حاله لانه بدون ذكر الاجل عقد

جائز غير لازم فبذكر الاجل فيه لا يصير لازما لعقد الشركة والمضاربة وهذا لان ذكر
الاجل تسر فيه وتأخير المطالبة فلا يتغير به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان
الاستصناع بذكر الاجل فيه يصير سلما لصار السلم بحذف الاجل منه استصناعا ولو كان
هذا سلما لكان سلما فاسداً لانه شرط فيه صنعة صانع بعينه وذلك مفسد للسلم وأبو حنيفة
يقول هذا مبيع دين والمبيع الدين لا يكون الا سلما كما لو ذكر لفظة السلم وبيانه ما ذكرنا ان
المستصنع فيه مبيع والاجل لا يثبت الا في الديون فلما ثبت فيه الاجل هنا عرفنا أنه مبيع دين
فتأثيره ان المتعبر ماهو المقصود وبه يختلف العقد لا باعتبار اللفظ الانرى انه لو قال ملكتك
هذا العين بعشرة دراهم كان بيعا ولو قال بسكنى هذا الدار شهراً كانت إجارة فعرفنا ان
المتعبر ماهو المقصود ثم السلم أقرب الى الجواز من الاستصناع فان كل واحد منهما
مستحسن ولكن الآثار في السلم مشهورة وهو جائز فيما للناس فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه
فكان الاصل فيما قصده السلم إلا إذا تعذر جعله سلما بان لم يذكر فيه أجلاً حينئذ جعل
استصناعا فاما اذا أمكن جعله سلما بأن ذكر الاجل يحمل سلما ولان الاجل مؤخر للمطالبة
ولا يكون ذلك الا بعد لزوم العقد وال لزوم في السلم دون الاستصناع فثبت الاجل
فيه دليل على انه سلم وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه ولهذا لو جاء به مفروغا
عنه لا من صنعه يجبر على القبول وبهذا تبين فساد قولهم انه سلم شرط فيه صنعة
صانع بعينه وما قالوا بأن السلم بحذف الاجل لا يصير استصناعا يشكل بالمتعة فانه لا يصير
نكاحا بحذف المدة عنه ثم النكاح بذكر المدة فيه يصير متعة وهو اذا تزوج امرأة شهراً وهذا
اذا كان ذكر المدة على سبيل الاستمهال أما اذا كان على سبيل الاستعجال بأن قال علي أن
يفرغ منه غداً أو بعد غد فهذا لا يكون سلما لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا لتأخير
المطالبة بالتسليم ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة يمكنه الفراغ فيها من العمل ويحكي عن
الهندواني. قال ان كان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو للاستعجال ولا يصير به سلما وان
كان الصانع هو الذي ذكر المدة فهو سلم لانه يذكر على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر
أدنى مدة يتمكن فيها من الفراغ من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم
لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يمكن تقديره بشئ معلوم. قال (ولا بأس بالسلم في اللبن
في جنبه وزناً أو كيلاً معلوماً) لانه يكال تارة ويوزن أخرى فيصير معلوماً بذكر كل واحد

منهما علي وجه لا يبق في منازعة في التسليم . قال (في الكتاب وهذا قبل انقطاعه وهذا
 في عرف ديارهم) لان اللبن ينقطع عن أيدي الناس في بعض الاوقات فأما في ديارنا
 لا ينقطع وان كانت تزداد قيمته في بعض الاوقات ولكن لا يمد ذلك انقطاعا فيجوز السلم فيه في
 كل وقت . قال (ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا شرط فيه شيئا معلوما) لانه عددي متقارب
 فان آحاده لا تختلف في المالية وانما تختلف أنواعه وانما يكون معلوما بذكر الملبين فلبن كل
 نوع منه معلوم عند أهل الصنعة وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا بأس بالسلم
 في التبن كيلا معلوما وكيما معلوما) لانه مكيل مقدور التسليم وكيه الفرارة اذا كان معلوما
 وان كان لا يعرف ذلك فلا خير فيه . قال (ولا خير في السلم في رؤس الغنم والا كارع) لانها
 عددية متفاوتة ألا ترى ان المشتري ينزع البائع فيقول أريد هذا ولا أريد هذا والمقصود
 ما عليها من اللحم وهي تختار ثم هذا على قول أبي حنيفة غير مشكل لانها أبعاض
 الحيوان كاللحم وهما يقولان اللحم موزون أما الرؤس والا كارع فقير موزونة عادة وبذلك
 الوزن لا يصير المقصود منها معلوما فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا خير في السلم في كل شيء
 مما يكال أو يوزن اذا شرط بمكيال غير معروف أو بأناه بعينه غير معروف أو بوزن حجر غير
 معروف) لان مقدار السلم فيه لا بد من أن يكون معلوما عند العقد وبما ذكر لا يصير
 مقداره بالمكيال المعروف والميزان المعروف معلوما فكان هذا سلما في المجهول ولان القدرة
 على التسليم وقت وجوب التسليم شرط وذلك لا يتحقق الا ببقاء ماعينه من المكيال الي وقت
 حلول الاجل وبقاؤه موهوم فربما يهلك قبل ذلك وإن اشترى بذلك الاناء يدأ بيد فلا بأس
 به لان في العين يجوز البيع مجازفة فكيال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقيب العقد
 والقدرة علي التسليم للحال ثابتة وهذا لان التسليم عقيب العقد لا بقيام المكيال الذي عينه
 وعن أبي حنيفة في غير الاصول أنه لا يجوز لان البيع في المكيلات والموزونات اما أن
 تكن مجازفة أو يذكر القدر في المجازفة والعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود
 عليه ما سمي من القدر ولم يوجد واحد منهما هنا فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه
 الصكيل اذا لم يكن المكيال معلوما وعن أبي يوسف قال في بيع العين ان عين
 مكيالا لا يشكس بالكبس فيه كالزنبيل ونحوه لا يجوز العقد فيه فانه تمكن المنازعة
 بينهما في الكيل وان كان شيئا لا يتقبض ولا ينسبط كالتصعة ونحوها يجوز . قال (ولا بأس

بالسلم في العصير في حينه وزنا أو كيلا) لانه يوزن أو يكال كاللبن وكذلك الخسل لا بأس
 بالسلم فيه كيلا معلوما أو وزنا معلوما لانه يكال ويوزن واعلام المقدار بذكر كل واحد
 منهما محصل والاصل ان ماعرف كونه مكىلا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو مكىل
 أبداً وان اعتاد الناس بيعه وزنا وماعرف كونه موزونا في ذلك الوقت فهو موزون أبداً
 ومالم يعلم كيف كان يعتبر فيه عرف الناس في كل موضع ان تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعا
 فهو مكىل وموزون وعن أبي يوسف ان المعتبر في جميع الاشياء العرف لانه انما كان مكىلا
 في ذلك الوقت أو موزونا في ذلك الوقت باعتبار العرف لا بنص فيه من رسول الله صلى الله
 عليه وسلم ولكننا نقول تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم إياهم على ما تعارفوا فيه ذلك الشيء
 بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لان العرف لا يعارض النص . قال (وان أسلم في تمر ولم يسم
 فارسيا ولا دقلام يجز) لان التمر أنواع فبدون ذكر النوع لا تنقطع المنازعة فان اشترط
 فارسيا فلا بد من أن يشترط جيدا أو وسطا أو رديا لان كل نوع من التمر يشتمل على هذه
 الاوصاف الثلاثة والمالية تختلف بجنسها . قال (ولا خير في السلم في شيء من الطيور ولا في
 لحومها) لان آحادها تختلف في المالية فكانت عديدة متفاوته وهما فرقان بين هذا وبين السلم في
 اللحم لان هناك يمكن اعلام المسلم فيه بذكر الموضع ولا يتأتى ذلك في لحوم الطير وعن أبي
 يوسف قال ما لا تتفاوت آحاده في المالية كالمصاير ونحوها يجوز السلم في لحومها . قال (ولا
 خير في السلم في شيء من الجواهر واللؤلؤ أما الصغار من اللآلئ التي تباع وزنا وتجعل في
 الادوية يجوز السلم فيها وزنا واما الكبار منها تتفاوت آحادها في المالية وهي عديدة متفاوته
 لا يمكن اعلام ما هو المقصود منها فلا يجوز السلم فيها . قال (ولا بأس بالسلم في الجص والنورة
 كيلا) لانه مكىل معلوم وهو مقدور التسليم في كل وقت . قال (ولا خير في السلم في الزجاج
 الا أن يكون مكسورا فيشترط وزنا معلوما وكذلك جوهر الزجاج فانه موزون معلوم على
 وجه لا تفاوت فيه اما الاواني المتخذة من الزجاج فهي عديدة متفاوته فلا يجوز السلم فيها
 بذكر العدد ولا بذكر الوزن) لان ذلك لا يوزن ولا تعلم ماليته بوزنه الا أن يكون شيئا
 معروفا يعلم انه لا يتفاوت في المالية كالمكاحل والمطابق فان آحاد ذلك لا تختلف في المالية
 إنما تختلف أنواعه وكل نوع منه معلوم عند اهل الصنعة فيجوز السلم فيه بذكر العدد . قال
 (واذا أسلم الرجل الى رجل ألف درهم في طعام خمسمائة من ذلك كانت ديناه عليه وخمسمائة

نقدتها اياه جازت حصة العين من ذلك وبطلت حصة الدين وعن زفر ان العقد في الكل باطل أما في حصة الدين فلنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ يعني الدين بالدين وهذا فساد قوى يمكن في البعض فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد في حصة الدين شرطاً للقبول في حصة العين وهذا شرط فاسد ومذهبنا مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم يعتبر البعض بالكل في الدين والمعنى جميعاً وحقيقة المعنى ان العقد انعقد صحيحاً في الكل حتى لو نقد جميع الالف في المجلس كان العقد صحيحاً وهذا لانه لا يتعلق العقد بالدين المضاف اليه وانما يتعلق بجنسه ومثله ولو اشترى بالدين شيئاً ممن عليه الدين ثم تصادقا على أن لا دين بقي الشراء صحيحاً وانما فسد العقد هنا بمقدار الخمسة بترك القبض في المجلس وهذا فساد طارئ فيقتصر على ما وجدت فيه علته كما لو هلك بعض العقود عليه قبل التسليم قال (واذا أسلم الرجل مائة درهم في كرحنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فلا خير فيه عند أبي حنيفة) بلغنا ذلك عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذا بناء على ما بينا ان اعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد على شرطه شرط عنده وهذا المائة التي تنقسم انقسمت على الخنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفته الحرز فلا يكون مقدار رأس المال لكل واحد منهما معلوماً ولو تاركا السلم في أحدهما لم يعلم يقيناً مقدار ما يردده فلا يجوز العقد وعندهما الاشارة الى العين تكفي لجواز العقد وقد وجد . قال (ولا يجوز السلم اذا كان فيه شرط خيار) لان خيار الشرط يعدم الملك ويجعل العقد في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض وعدم قبض رأس المال في المجلس مبطل للسلم فاشتراط الخيار فيه أولى وهذا لان للقبض حكم العقد وقد صار العقد بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبله وبهذا تبين ان القبض لا يتم والافتراق قبل تمام القبض مبطل للعقد الا أن يبطل صاحب الخيار خياره قبل أن يتفرقا فينقل العقد صحيحاً عندنا خلافاً لزفر فان من أصله ان تصحيح العقد الفاسد في استقباله فقط وعندنا المفسد متى زال قبل تقريره جعل كان لم يكن وتقرر الفساد هنا بالافتراق قبل تمام القبض وقد انعدم ذلك متى أسقطا الخيار قبل أن يتفرقا ولان حالة المجلس لحالة العقد ولهذا جعل قبض رأس المال في المجلس كالمقترن بالعقد فكذلك لزوم العقد باسقاط الخيار في المجلس يجعل كالمقترن بالعقد وهذا اذا كان رأس المال قائماً في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار وان كان قد أنفق

حتى صار دينا عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار ذكره في الجامع لان ابتداء العقد برأس مال هو دين لا يجوز فكذلك إتمامه باسقاط الخيار . قال (واذا أسلم اليه عشرة دراهم أو ثوبا أو عبدا في طعام ثم افترقا قبل قبض رأس المال لم يجز السلم) وقال مالك يجوز وان لم يقبض رأس المال يوما أو يومين بعد أن لا يكون مؤجلا بمنزلة الثمن في البيع فانه لا يشترط قبضه في المجلس الا ان هنا الشرط أن يكون حالا لان ما يقابله مؤجل والنسيئة بالنسيئة حرام ولا تنعدم صفة الحلول بترك القبض فيه يوما أو يومين ولكننا نقول السلم أخذ عاجل بأجل فيشترط كون أحد البديلين فيه معجلا كما يشترط أن يكون الآخر مؤجلا ليتوفر على هذا العقد مقتضاه والتعجيل إنما يحصل بالقبض في المجلس فكان ينبغي أن يشترط اقتران القبض بالعقد فانه أتم ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحالة العقد تيسيرا كما في عقد الصرف ثم ان كان رأس المال دينا فالعقد يبطل بالاقتراق قبل قبض رأس المال قياسا واستحسانا لانه دين بدين وان كان رأس المال عينا ففي القياس لا يبطل العقد لانهما افترقا عن عين بدين وذلك جائز كييع العين بثمن مؤجل ولكنه استحسن لمراعات اسم هذا العقد ولان جواز عقد السلم لحاجة المسلم اليه وانما يتوفر عليه حاجته اذا وصل رأس المال اليه فيشترط وصوله الى يده مقرونا بالعقد ثم حالة المجلس جملة كحالة العقد فلهذا يفسد بترك قبض رأس المال في المجلس وان كان عينا وان قبض الدراهم ثم افترقا فوجدها زيوفا فانه يردها وينتقص السلم اما اذا تجوز بها جاز العقد لان الزيوف من جنس الدراهم ولكن فيه عيب ووجود العيب في الشيء لا يجعله في حكم جنس آخر ثم الزيوف ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار ولتبرجة ماتبرجه التجار وربما تسامح فيه بعضهم وربما يأباه بعضهم لغش فيه وبهذا لا يخرج من ان يكون من جنس الدراهم فقابضه يكون مستوفيا لحقه فاذا تجوز به تجوز بخلاف ماذا وجد المقبوض ستوقه او رصاصا فان ذلك ليس من جنس الدراهم فان الستوقه فلس مموه بالفضة ومعناه من طاقه والرصاص ليس من جنس الدراهم فلا يصير قبضه مستوفيا لرأس المال فاذا تجوز بها كان مستتبلا لا مستوفيا والاستبدال برأس المال قبل القبض لا يجوز فاما اذا رده في القياس ينتقص السلم سواء استبدل في مجلس الرد أو لم يستبدل وصار الكل زيوفا أو البعض وهو قول زفر لان الرد بعيب الزيادة ينقض القبض من الاصل بدليل أنه يرجع بموجب العقد وهو الجياد والعقد لا يوجب القبض

مرتين فلو لم ينتقض القبض الاول من الاصل لما كان له أن يرجع بموجب العقد وبديل
أنه لو لم يستبدل في مجلس الرد بطل العقد وبقاء القبض ليس بشرط لبقاء العقد وإذا ثبت
انتقاض القبض من الاصل صار كأن لم يوجد فيبطل العقد بقدر المردود كما لو وجدته مستحقاً
ولأن رأس المال دين والدين يختلف باختلاف الوصف وإنما يكون الزيوف رأس المال باعتبار
إسقاط حقه عن الجودة إذا تجاوز به فإذا أتى ذلك بالرد تين أنه فارقته قبل قبض حقه فبطل
العقد كما لو وجد المقبوض ستوقاً أو رصاصاً واستحسن أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
فقالا إذا استبدل في مجلس الرد بقي العقد صحيحاً سواء وجد الكل زيوفاً أو البعض لأنهما
افترقا عن قبض صحيح حتي لو تجاوز به جاز فأنما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند
الرد موجبا قبض الجياد وهما مجتمعان في مجلس الرد فيجعل اجتماعهما في مجلس الرد كاجتماعهما
في مجلس العقد فإذا افترقا بعد قبض موجب العقد وهى الجياد بقي العقد صحيحاً كما لو زاد في
رأس المال وافترقا عن مجلس الزيادة قبل القبض وهذا بخلاف الاستحقاق فقبض المشتري
موقوف على إجازة صاحبه ألا ترى ان المسلم اليه لو أراد أن يرضي به لا يتمكن من ذلك
والموقوف اذا بطل صار كأنه لم يكن فإذا نفذ بإجازة المستحق التحق بما لو كان نافذاً في
الابتداء كالمبيع الموقوف فلهذا اذا أجاز المستحق بقي العقد صحيحاً وإذا أتى وأخذ دراهمه
كان العقد باطلاً وأبو حنيفة أخذ بالقياس اذا وجد الكل زيوفاً أو كانت الزيوف أكثر
وأخذ بالاستحسان اذا قل المردود بعيب الزيادة لأن في القليل بلوى وضرورة فدراهم
الناس لا تخلو عن قليل زيف فيذهب على الناقد وان كان بصيراً واقامة مجلس الرد مقام
مجلس العقد لدفع الحرج فان الموقوف في هذا المجلس شرط بوجه المطالب بموجب العقد وهو
الرد لاسببه واقامة الشرط مقام السبب لدفع الحرج وذلك يتحقق فيما يتحقق فيه البلوى
وهو القليل دون مالا بلوى فيه وهو الكثير بل الكثير كالمستحق قل أو أكثر لأن دراهم
الناس لا تخلو عن المستحق عادة وهذا بخلاف الزيادة لأن أصل العقد ما كان موجبا لهذه الزيادة
وأنما صار الآن موجبا فكان هذا المجلس في حق الزيادة مجلس السبب بمنزلة مجلس العقد
في حق رأس المال وإذا وجد القبض في مجلس الزيادة لم يضرهما الافتراق بعد ذلك ثم اختلفت
الرواية عن أبي حنيفة في الفرق بين القليل والكثير ففي كتاب البيوع يقول مادون النصف
قليل والنصف فما فوقه كثير وفي كتاب الصرف يقول النصف فما دونه قليل وفي رواية عن

أبي حنيفة الثلث كثير فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسعد رضى الله تعالى عنه والثلث
كثير فإذا وجد الثلث زيوفاً فردّه يبطل العقد بقدره ووجه هذه الرواية أن قلة الشيء
وكثرته تتبين بالمقابلة فإن العشرة بمقابلة الدرهم كثيرة وبمقابلة المائة قليلة فإذا كانت الزيوف
دون النصف قلنا إذا قوبلت الزيوف بالجياذ فالزيوف قليلة وإن كانت أكثر من النصف فهي
كثيرة عند المقابلة بالجياذ فإذا كان النصف سواء في رواية كتاب البيوع قال هذا كثير لا
يقابله ما هو أكثر منه لتبين قلته بالمقابلة وفي كتاب الصرف قال الشرط كثرة المردود
ولا تتبين كثرته إذا لم يكن ما يقابله أقل منه وقد كان العقد صحيحاً في الكل فلا تنتقض
بالشك وكذلك حكم الصرف في جميع ما ذكرناه. قال (رجل أسلم إلى رجل في طعام وأخذ منه
كفيلاً بالمسلم فيه ثم صالح الكفيل على رأس ماله وذلك دين) فالصالح موقوف على إجازة
المسلم إليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فإن اختار رد رأس المال جاز وإن رد الصالح
بطل واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم أيهما شاء وعند أبي يوسف
الصالح جائز بين الكفيل ورب السلم ويرجع الكفيل على المسلم إليه بطعام السلم وهذا إذا
كان رأس المال دراهم أو دنائير فإن كان رأس المال عروضاً لا يجوز الصالح بالاتفاق لأنه إذا
كان رأس المال ثوباً فاما أن يصح الصالح عن ذلك الثوب بعينه وهو باطل لأنه ملك المسلم إليه
فلا يكون الكفيل قادراً على تسليمه واما أن يصح على ثوب غيره وهو باطل أيضاً لأنه
يكون استبدالاً برأس المال وكذلك الصالح على قيمة ذلك الثوب يكون استبدالاً فلا
يجوز فاما إذا كان رأس المال دراهم أو دنائير فاختلاف فيه يتحقق وجه قول أبي يوسف
وهو أن صلح الكفيل عن المسلم فيه على رأس المال كالصالح عن سائر الديون على أي بدل
كان بدليل جواز ذلك من الأصل ثم الكفيل في سائر الديون لو صالح على بدل جاز صلحه
ورجع على المكفول عنه بما كفّل عنه فكذلك الكفيل بالسلم إذا صالح على رأس المال وهذا
لأن الكفيل مطلوب بالمسلم فيه كالأصيل إذا كان قادراً على تسليم رأس المال إليه وبهذا فارق
ماله كان رأس المال عيناً في يد المسلم إليه لأن الكفيل لا يقدر على تسليمه ولو صالح على قيمته
كان مستبدلاً لاسترد الرأس المال ولا يقال في هذا الصالح تمليك طعام السلم من الكفيل
لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين في سائر الديون لا يجوز الصالح أيضاً ثم جاز الصالح مع
الكفيل في سائر الديون عرفناه أنه ليس بتمليك الدين ولكن يعقد الكفالة كما وجب للطالب على الكفيل

وجب للكفيل على الاصيل الا أنه مؤخر الى أن يسقط مطالبة الطالب عن الاصيل
 وقد سقط ذلك بصلحه على رأس المال كما يسقط بايفائه فلماذا كان له أن يرجع
 على المسلم اليه بطعام السلم وجه قولهما أن الصلح عن المسلم فيه على رأس المال فسخ للعقد
 بدليل أنه يختص برأس المال وأنه يصح بلفظ المتاركة والاقالة فانه لو لم يكن فسخا كان هذا
 استبدالاً لبقاء العقد الموجب لطعام السلم والاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز
 والكفيل أجني من العقد فلا يملك الفسخ كسائر الاجانب والكفيل بالثمن في البيع وهذا
 لان الفسخ تصرف في العقد فلا يجوز من العاقد أو ممن قام مقام العاقد أو ممن كان وقع
 العقد له والكفيل بهذه الصفة وانما التزم ما التزمه من الكفالة فلا يصير به في حكم العاقد
 للمسلم بخلاف المسلم اليه فانه عاقد فيجوز صلحه بطريق الفسخ والدليل على الفرق ان رب
 السلم اذا زاد للمسلم اليه درهما جاز ولو زاد الكفيل في رأس المال درهماً كان باطلاً وبه فارق
 سائر الديون فالصلح هناك ليس بتصرف في السبب الموجب للفسخ وانما هو تصرف في
 الدين الواجب ولهذا جاز بأي بدل كان والكفيل مطلوب بالدين كالاصيل ولهذا جاز الصلح
 معه. قال (واذا أسلم الرجلان الى رجل في طعام فصالحه احدهما على رأس ماله فالصلح موقوف)
 عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فان أجازة الآخر جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركاً
 بينهما وما بقي من طعام السلم مشتركاً بينهما وان لم يجزه فالصلح باطل وعند أبي يوسف
 الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه لما قلنا في المسئلة الاولى ان الصلح عن المسلم فيه على رأس
 المال كالصلح عن سائر الديون على أي بدل كان عنده ثم أخذ رب الدين اذا صالح عن نصيبه
 مع المديون على بدل جاز الصلح ويخير الآخر بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع
 على المديون بنصيبه من الدين كذلك هنا اذا صالح على رأس المال ولان أكثر ما فيه ان هذا
 فسخ العقد ولكل واحد من المتعاقدين حق التفرد بالفسخ في نصيب نفسه كما في بيع العين
 لو اشترى رجلان عينا ثم أقال أحدهما البيع في نصيبه مع البائع جاز بدون رضي الآخر
 فهذا مثله وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قال في هذا الصلح قسمة الدين قبل القبض وذلك
 لا يجوز بيانه أنه ان كان صلحه عن نفسه خاصة فلا يتحقق ذلك الا بأن يميز نصيبه عن نصيب
 صاحبه وهذا هو القسمة وان كان صلحه عن النصف من النصيبين جميعاً فلا يمكن
 تصحيحه بدون اجازة الآخر لتناوله نصيبه وفقه هذا الكلام أن وجوب المسلم فيه بعقدتهما

اذا هو لم يمكن موجوداً قبل العقد والعقد منهما واحد فكل واحد منهما في التصرف فيه
 كشرط العلة وبشرط العلة لا يثبت شيء من الحكم ما لم يتم ذلك باجازه الآخر كالمعتقة بين
 رجلين زوجها احدهما وبه فارق بيع العين فقد كانت العين هناك موجودة قبل العقد محلاً
 لتصرف كل واحد منهما الا أن يكون ثبوت ولاية التصرف فيه لكل واحد منهما بالعقد
 فلهذا كان الفسخ من كل واحد منهما في نصيبه كأنه كان منفرداً به وهناك المسلم فيه لم يكن
 موجوداً قبل العقد وجواز التصرف باعتبار وجوبه بالعقد فكان كل واحد منهما فيه كشرط
 العلة ولانه لو جاز الصلح من احدهما هنا يؤدي الى ان يسقط حق رب السلم عن المسلم فيه
 ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وذلك لا يجوز كما لو تقايلا السلم ثم أراد فسخ الاقالة
 لم يحز ذلك بخلاف بيع العين وبيان الوصف أن الآخر اذا اختار المشاركة في المقبوض مع
 المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركاً بينهما وقد سقط بالصلح حق المصالح عن المسلم
 فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه وبه فارق سائر الديون
 الا ان أبا يوسف يقول انما لا يجوز أن يعود حقه فيما كان ساقطاً لان الساقط مثلاً شيء كما
 في فصل الاقالة وهنا انما يعود بحقه فيما هو قائم وهو النصف الباقي من طعام السلم وأما بيان
 قول أبي يوسف فانه يقول للآخر الخيار فان شاء شارك القابض في المقبوض لان أصل رأس
 المال كان مشتركاً بينهما فلا يسلم لاحدهما منه شيء الا بتسليم الآخر واذا شاركه في المقبوض
 كان الباقي في ذمة المسلم اليه مشتركاً بينهما وان شاء سلم المقبوض للقابض ويرجع على المسلم
 اليه بطعام السلم فاذا فعل ذلك ثم أراد الرجوع عن شريكه لم يكن له ذلك لانه كان خيراً
 بين شيئين فاذا اختار أحدهما تعين ذلك عليه كالغاصب مع غاصب الغاصب اذا اختار
 المغصوب منه تضيمن أحدهما فليس له أن يرجع فيضمن للآخر بعد ذلك فان نوى ما
 على المسلم اليه كان له أن يرجع على شريكه بنصف المقبوض لانه انما سلم له المقبوض بشرط
 أن يسلم له ما في ذمة المسلم اليه فاذا نوى بطل تسليمه كالحتمال عليه اذا مات مفلساً عاد الدين
 الى ذمة المحيل . قال (وهذا بمنزلة رجلين لهما على رجل مائة درهم فصالحه أحدهما من حصته
 على ثوب وسلم له الآخر واختار اتباع المديون فنوى ما عليه) كان له ان يرجع على صاحب
 الثوب في الثوب فيأخذ منه نصفه الا ان يرضى صاحب الثوب أن يرد عليه خمسة وعشرين
 درهماً ولا يعطيه شيئاً من الثوب كان له ذلك حينئذ والخيار فيه الى صاحب الثوب كما في

الابتداء لو اختار المشاركة معه كان صاحب الثوب بالخيار بين أن يعطيه خمسة وعشرين درهما
وبين أن يعطيه نصف الثوب لأن من حجته أن يقول مبنى الصلح على التجوز بدون الحق
انما توصلت الى نصيبي لأني رضيت بدون حق بخلاف ما إذا اشترى بنصيبه ثوبا وهذا فرق
معروف في كتاب الصلح وكذلك لو كان بالسلم كفيل فصالح أحد صاحب السلم مع الكفيل
على رأس ماله فهو كالصلح مع الاصيل على الخلاف الذي بيننا . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل
دراهم في طعام ثم صالحه على رأس ماله ثم أراد أن يشتري برأس ماله شيئا قبل أن يقبضه) في
القياس له ذلك وهو قول زفر لأن عقد السلم ارتفع بالفسخ بقي رأس المال في ذمته بحكم
القبض لا بحكم العقد وهو دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز الاستبدال به كسائر الديون
الأتري أن السلم لو كان فاسدا كان له أن يستبدل برأس المال قبل الاسترداد لهذا المعنى
واستحسن علماؤنا رحمهم الله فقالوا لا يجوز ذلك لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا أسلمت في شيء فلا تصرفه في غيره فلو جوزنا هذا
كان صارفا حقه من طعام السلم الى شيء آخر بهذا الطريق وفي الحديث المعروف لا تأخذ
الاسلمك أو رأس مالك وبهذا الطريق نأخذ شيئا آخر غير رأس المال وغير المسلم فيه وذلك
غير جائز ثم حال رب السلم مع المسلم اليه بعد الفسخ كحال المسلم اليه مع رب السلم حال قيام العقد
قبل قبض رأس المال فكما لا يجوز الاستبدال هناك فكذلك لا يجوز هنا وبه فارق السلم الفاسد
من الأصيل لأنه ما كان موجبا تسليم رأس المال ليعتبر الانتهاء بالابتداء وهما العقد كان موجبا
تسليم رأس المال فاعتبرنا حال الفسخ بحال العقد في المنع من الاستبدال . قال (واذا أسلم دراهم
ودنانير في طعام وقد علم وزن أحدهما ولم يعلم وزن الآخر فلا خير فيه) عند أبي حنيفة وجائز
عندهما لأن اعلام قدر رأس المال عندهما ليس بشرط والاشارة الى العين تكفي وعند أبي
حنيفة اعلام القدر فيما يتعلق العقد على قدره شرط فاذا لم يعلم وزن أحدهما بطل العقد في
حصته لانعدام شرط الجواز فيبطل في حصة الآخر أيضا لاتحاد الصفقة أو لجهالة حصة الآخر
والسلم في المجهول لا يصح ابتداء . قال (واذا أسلم عشرة دراهم في ثوبين أحدهما هروى
والآخر مروى فلم تتبين حصة كل واحد منهما من رأس المال لا يجوز العقد) عند أبي حنيفة كما
في الخنطة والشعير لأن الاتقسام باعتبار القيمة وطريق معرفته الحرز فلا يتيقن بحصة كل
واحد من الثوبين الا بالقسمة وان كانا موصوفين بصفة واحدة ففي القياس كذلك لأن الثياب

ليست من ذوات الامثال والانقسام على الثوين باعتبار القيمة كما لو اشترى اهما عينا وفي الاستحسان
يجوز لان الموصوفين بصفة واحدة لا يتفاوتان في الظاهر في المالية ماداما في الذمة والانقسام
حال كونها في الذمة فحصة كل واحد منهما نصف رأس المال يتيقن فيجوز العقد من غير اعلام
حصة كل واحد منهما كما لو أسلم عشرة في كرين من حنطة بخلاف ما لو اشترى اهما عينا فانها
يتفاوتان في المالية اذا كانا عيين فلهذا كان انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة فان قبض الثوين
في السلم ثم أراد ان يبيع احدهما مرابحة علي خمسة دراهم فليس له ذلك عند أبي حنيفة الا أن
يبين وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بذلك لان حصة كل واحد منهما من رأس المال
معلومة يتيقن فيبيعه مرابحة علي ذلك كالكرين وبيانه ما ذكرنا ان الثمن بمقابلة ما تناوله العقد
ولا تفاوت في ذلك ولهذا جاز العقد عند أبي حنيفة والدليل عليه أنهما لو تقايلا السلم في أحدهما
يرد من رأس المال خمسة ولو وجد باحدهما عينا فرده يرد به خمسة فمرقنا ان حصة كل واحد
منهما خمسة يتيقن فكانه سمي ذلك في العقد وأبو حنيفة يقول اشترى الثوين بثن واحد
فلا يبيع احدهما مرابحة كما لو اشترى اهما عينا بخلاف الكرين فان هناك لو اشترى اهما عينا كان له
ان يبيع احدهما مرابحة وبيان الوصف أن رب السلم يشتري والمسلم فيه مبيع فاذا قبض
المسلم فيه كان المقبوض عين ما تناوله العقد لا غيره لانه ان جعل غيره كان استبدالاً بالمسلم
فيه وذلك لا يجوز فمن هذا الوجه جعل كأنه عين ما تناوله العقد فاما في الحقيقة هو غيره لان
العقد يتناول ديناً في الذمة والعين غير الدين فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين
ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه وذلك الطريق
ان يجعل عند القبض كأنهما جدداً ذلك العقد على المقبوض وهو معنى قول المتقدمين رحمهم
الله للقبض في باب السلم حكم عقد جديد والدليل عليه ما قاله في الزيادات لو أسلم الى رجل
مائة درهم في كر حنطة ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة وقبضه
فلما حل الطعام في السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن
وانما يكون ذلك اذا جعل عند القبض كأنهما جدداً العقد عليه واذا تقر هذا فهو وما
لو اشترى اهما عينا بثن واحد سواء وقال في السير الكبير لو أحرز المشركون كر الرجل
من المسلمين بدراهم فدخل اليهم مسلم وأسلم اليهم مائة درهم في كر حنطة فاعطوه ذلك
الكر فاخرجه فلا سبيل للمالك القديم عليه لانه أخذه عوضاً عن الكر الذي له في ذمتهم فلو

أخذه المالك القديم أخذه بمثله وذلك غير مفيد وفي السلم عند القبض يصير كالمجدد للعقد
 علي ذلك الكر بالمائة فيأخذه المالك القديم بذلك ثم أكثر ما في الباب أن يثبت شبهة تجديد
 العقد بينهما وان لم يثبت الحقيقة والشبهة في بيع المراجعة بمنزلة الحقيقة ألا ترى أنه لو اشترى
 شيئا بثمن مؤجل لا يبيعه مراجعة من غير بيان لشبهة الزيادة بسبب الاجل ولو أخذ عينا صلحا
 من دين له علي انسان لا يبيعه مراجعة علي ذلك الدين لشبهة الخط بسبب الصلح والذي يوضح
 كلام أبي حنيفة أن الثوين الموصوفين لا يتفاوتان في الذمة ويتفاوتان بعد التعيين ألا ترى
 أنه لو قبضها وباع أحدهما من انسان ثم استهلك ذلك الثوب علي المشتري لا يجب عليه تسليم
 الثوب الآخر وانما يجب قيمة المستهلك فدل أنهما لا يتماثلان عينا فجاز العقد في الابتداء في
 الدين وكذلك الاقالة في أحدهما وأما بيع المراجعة لا يكون الا بعد التعيين فيعتبر التفاوت
 في حكم بيع المراجعة فلا يبيع أحدهما مراجعة من غير بيان ولا بأس بأن يبيعهما مراجعة علي
 غيره لان ثمنهما مسمى معلوم كما لو اشترى عينا . قال (ولا بأس بالسلم في المسوح والا كسية
 والعبا والجواليق والكر اريس بصفة معلومة عرضا وطولا ورفعة) لما بينا ان اعلامه علي وجه
 لا يبقى فيه تفاوت في المالية ولا يبقى بينهما منازعة في التسليم تمكن . قال (ولا بأس بالرهن
 والكفيل في السلم أما برأس المال يجوز أخذ الكفيل والرهن عندنا ولا يجوز عند زفر وله في
 السلم روايتان لان الرهن والكفيل مما يتأخر قبضه وقبض رأس المال مستحق في المجلس
 فأخذ الكفيل والرهن به لا يفيد ولكننا نقول رأس المال دين واجب علي رب السلم فالكفيل
 يلتزم المطالبة بما هو مضمون علي الاصيل وهو شرط صحة الكفالة والرهن للاستيفاء ورأس
 مال السلم دين يستوفي فان هلك الرهن في المجلس وفي قيمته وفاء برأس المال صار مستوفيا
 به رأس المال فان افترقا قبل هلاك الرهن بطل السلم لان الاستيفاء لا يتم الا بهلاك الرهن
 والافتراق قبل تمام القبض يبطل السلم وكذا ان نقد الكفيل رأس المال قبل أن يتفرق
 المتعاقدان ثم العقد وان افترقا قبل أن ينقد الكفيل بطل العقد ولا معتبر بذهاب الكفيل لانه
 ليس بمأقد حتى لو ذهب وجاء برأس المال قبل افتراق المتعاقدين فادى تم العقد وهذه ثلاثة
 فصول الوكالة والكفالة والحوالة والجواب في الكل واحد ان قبض رأس المال من الوكيل
 أو المحتال عليه قبل افتراق المتعاقدين تم عقد السلم ولا معتبر بذهاب الوكيل والمحتال عليه
 وأما أخذ الرهن والكفيل يجوز بالمسلم فيه وهكذا ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله تعالى

وذكر الحسن عن زفر رحمه الله تعالى انه لا يجوز فعلى رواية ابن شجاع قال كل دين
 لا يجوز قبضه في المجلس ويجوز التأجيل فيه فأخذ الرهن والكفيل به صحيح للتوثيق والمسلم
 فيه بهذه الصفة بخلاف رأس المال وبذل الصرف وعلى الرواية الاخرى قال كل دين لا يجوز
 الاستبدال به قبل القبض فأخذ الرهن والكفيل به لا يجوز لان في الكفالة اقامة ذمة
 الكفيل مقام ذمة الاصيل فيكون في معنى الاستبدال من حيث المحل والحوالة كذلك وفي
 الرهن يصير مستوفيا بالهلاك والرهن ليس من جنس الدين فكان هذا استبدالاً فعلى هذا
 لا يجوز الرهن بالمسلم فيه ورأس المال وبذل الصرف وحجتنا في ذلك ما روى عن رسول الله
 صلى الله عليه وسلم انه اشترى من يهودى طعاما نسيئة ورهنه درعه وشراء الطعام نسيئة
 يكون سائماً وقد روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما انه جوز الرهن بالسلم واستدل
 فيه بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا تدانستم بدين الى قوله تعالى فرهان مقبوضة) والمعنى
 فيه أن عند هلاك الرهن يصير مستوفيا عين حقه لا مستبدلاً فان عين الرهن لا تكون
 مملوكة للمرتهن ولهذا لو كان الرهن عبداً فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير
 مستوفيا دينه من ماله والاعيان باعتبار صفة المالية جنس واحد ولهذا لو ارتهن أحد
 الشريكين بنصيبه من الدين فهلك الرهن يرجع شريكه عليه بنصف نصيبه من الدين واذا
 ثبت انه استيفاء لاستبدال جاز الرهن بكل دين يجب استيفاءه وفي الحوالة والكفالة لا شك
 فان المستوفي من الكفيل والمحتال عليه كالمستوفي من الاصيل في انه عين حق الطالب لا
 بدله . قال (واذا أسلم في شيء من الثياب واشترط طوله وعرضه بذراع رجل معروف لم يجز
 كما في المكيل اذا عين المكيال) وهذا لان مقدار المسلم فيه بالذراع المعروف وربما يموت ذلك
 الرجل فيتعذر تسليم المسلم فيه اذا حل الاجل واذا اشترط كذا وكذا ذراعاً فهو جائز وله
 ذراع وسط لان مطلق التسمية تنصرف الى المتعارف كمطلق تسمية الدراهم في الشراء تنصرف
 الى نقد البلد والمتعارف الذراع الوسط ويسمى المكسرة وسمى لذلك لانه كسره من ذراع
 قبضة الملك وان الذراع الوسط سبع قبضات وهي تسع مسببات ومعرفة هذا في كتاب العشر
 والخراج . قال (واذا أسلم في الحرير وزنا ولم يشترط الطول والعرض لم يجز) لان المالية لا تصير
 معلومة الا ببيان الطول والعرض في الثياب ولانه لو جاز هذا لكان يأتيه بقطاع الحرير
 بذلك الوزن الذي سمي فيجبر على أخذه ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فهذا لا يجوز ما لم يبين

الطول والعرض ولا بد من بيان الوزن أيضاً فيما تختلف ماليته بالثقل والخفة كالحرير والوذاري وما أشبه ذلك وان اشترط الطول والعرض بقيان غير الذراع فان كان قيماً معروفاً من قيامين التجار فهو جائز لان المقدار يصير معلوماً بذلك وهو المقصود وكذلك القدرة على التسليم تحصل بتسمية ذلك . قال (وان اشترط الرجل في سلمه ثوباً جيداً ثم جاء به المسلم اليه فقال رب السلم ليس هذا بجيد وقال المسلم اليه جيد فان الحالكم يريه رجلين من أهل تلك الصناعة) لانه لا علم عنده فيما اذا اختلفا فيه فيرجع الى من له فيه علم كما لو احتاج الى معرفة قبة المستهلك والاصل فيه قوله تعالى فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون فاذا اجتمعوا على أنه جيد مما يقع عليه اسم الجودة وإن كان ليس بهاية في الجودة أجبر رب السلم على أخذه لان المسلم اليه وفيما شرط له فالمستحق بالتسمية أدنى ما يتناول الاسم اذ لانه لاي نهاية للاعلى فانه مأمون جيد الا وفوقه أجود منه ألا ترى أنه لو اشترط في العبد أنه كاتب أو خباز فانه يستحق به أدنى ما يتناول الاسم وانما شرط المثنى لانه يحتاج الى فصل الخصومة بينهما وانما يمكنه ذلك بحجة تامة وهو قول المثنى . قال (وان كان اشترط وسطاً فأتاه المسلم اليه بجيد أجبر رب السلم على قبوله) وعلى قول زفر لا يجبر لان الجيد غير الوسط وهو متبرع عليه بصفة الجودة ولو تبرع عليه بزيادة قدر كان له أن لا يقبل تبرعه فكذلك اذا تبرع بالجودة ولكننا نقول أوفاه حقه بكماله وأحسن في قضاء الدين قال صلى الله عليه وسلم خيركم أحسنكم قضاء للدين وقال للوزان زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا وزن . قال (فان أتاه بالثوب الجيد والمشرط عليه ثوب وسط وقال خذ هذا وزدني درهما فلا بأس بذلك ان فعل) وهذه في الحاصل ثمانية فصول أربعة في الثياب وأربعة في المقدرات أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفاً أو بأدون وصفاً أو بأزيد قدراً أو بأنقص قدراً أما في الثياب ان أتاه بأزيد وصفاً أو ذراعاً بان أتاه بأحد عشر ذراعاً وقد كان المسلم فيه عشرة أذرع فقال خذ هذا وزدني درهما يجوز وتكون تلك الزيادة بمقابلة صفة الجودة أو الذراع الزائد وذلك مستقيم ألا ترى أنه لو باعه ثوباً جيداً بثوب وسط ودرهم يجوز ولو باعه أحد عشر ذراعاً بعشرة أذرع ودرهم يجوز فكذلك القبض بحكم السلم ولو أتاه بأنقص وصفاً بان أتاه بثوب ردى فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لان هذا منهما إقالة للعقد في الصفة وحصة الصفة من رأس المال غير معلومة فلا تجوز الاقالة فيه وكذلك لو أتاه بتسعة أذرع فقال خذ هذا

وأرد عليك درهما لان الذرع في الثوب صفة ولان رأس المال لا ينقسم علي ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء فلم تكن حصة الذرع معلومة من رأس المال فلا يجوز الاقالة فيه أما في المقدرات لو أسلم عشرة دراهم في عشرة أقفزة حنطة وسط فأثاه بطعام جيد وقال خذ هذا وزدني درهما فانه لا يجوز لان الدرهم الزائد بمقابلة الجودة ولا قيمة للجودة في الاموال الربوية ألا ترى انه لو باع قفيز حنطة جيدة بقفيز وسط ودرهم لا يجوز وهذا في معنى ذلك فانه يأخذ هذا القفيز الجيد عوضا عن الوسط الذي له في ذمته وعن الدرهم الزائد ولو أثاه باحد عشر قفيزا وقال خذ هذا وزدني درهما جاز لان الدرهم الزائد بمقابلة القفيز الزائد وهو جائز ولو أثاه بعشرة أقفزة رديئة فقال خذ هذا وأرد عليك درهما لا يجوز لانه لا قيمة للصفة فكيف تستقيم الاقالة على القيمة فيه ولو أثاه بتسعة أقفزة وقال خذ هذا وأرد عليك درهما يجوز بخلاف الثوب لان رأس المال ينقسم على القفيزين باعتبار الاجزاء فحصة القفيز من رأس المال معلومة بخلاف ذرعان الثوب وعن أبي يوسف انه يجوز في الفصول كلها ذكر قوله في كتاب الصلح لان رب السلم يزيد في رأس المال فتلحق الزيادة باصل العقد أو المسلم اليه يحط شيئا من رأس المال والخط أيضا يلتحق بأصل العقد لا أن يكون بمقابلة الصفة أو يكون فيه اقالة العقد في شيء ثم المسلم اليه أجني في قضاء الدين اذا أتى بالاجود ورب السلم أحسن اليه حين تجوز بالردي فأذا أمكن تحصيل مقصودهما بهذا الطريق وجب حمل تصرفهما عليه عملا بقوله تعالى (فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه) ولكننا نقول هذا اذا لم ينصاعلى النص والمقابلة أما اذا نصا على ذلك لا يمكن حمل فعلهما على التبرع كما لو باع درهما بدرهمين لا يجوز ولا يجعل أحد الدرهمين هبة وذكر أبو سليمان عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة جوز ذلك في الثياب ولم يجوزه في الطعام وهذه الرواية تخالف رواية محمد في الثوب اذا أثاه بأردى مما شرط أو بأنقص مما شرط والاعتماد على رواية محمد . قال (واذا اختلفا في السلم فقال الطالب شرطت لي جيدا وقال المطلوب شرطت لك وسطا أو قال الطالب أسلمت اليك في حنطة وقال المطلوب أسلمت الي في شعير تحالفا وترادا) وحكم التحالف ثابت بالسنة بخلاف القياس فان النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وفي حديث آخر قال اذا اختلف المتبايعان والسلمة قائمة بعينها فالقول ما يقوله البائع أو يترادان وسنقرر هذا في باب التحالف ان شاء الله تعالى فنقول الآن اذا اختلفا

في جنس المعقود عليه فتعلق العقد بالمعقود عليه أكثر من تعلقه بالثمن ثم لو اختلفا في جنس
 الثمن تحالفا ففي جنس المعقود عليه أولى وكذلك اذا اختلفا في الصفة لان المسلم فيه دين وانما
 يعرف الدين بصفته فالجيد منه غير الوسط ألا ترى أنهما لو أحضرا كانا غيرين والاختلاف
 في الصفة فيما هو دين يكون اختلافا في المعقود عليه فيجوز التحالف بينهما بخلاف ما اذا
 اختلفا في الصفة في بيع العين فان العين لا تختلف باختلاف صفته فلا يكون ذلك اختلافا
 بينهما في المعقود عليه . قال (والذي يبدأ به في اليمين المطلوب في قول أبي يوسف الاول) لانه
 بمنزلة البائع وصاحب الشرع عليه الصلاة والسلام قال فالقول ما يقوله البائع فظاهر هذا
 يقتضى أن يكتفى بيمينه وقد قام الدليل على انه لا يكتفى بذلك فيبقى هذا الظاهر معتبرا
 في البداية بيمينه ولانه أشبه بالمنكرين فانه ينكر ما ادعاه الطالب من الجنس والصفة لنفسه واليمين
 على المنكر ثم رجع وقال يبدأ بيمين الطالب وهو قول محمد لان أول التسليمين في عقد السلم
 على الطالب وهو رأس المال فلذلك أول اليمينين عليه ولانه بنكوله يثبت ما ادعاه المطلوب
 منه ويقع الاستغناء عن يمينه وبعض مشايخنا رحمهم الله يقول القاضي يقرع بينهما ويبدأ بيمين
 من خرجت قرعته نفياً لتهمة الميل عن نفسه وقيل الرأي في ذلك الى القاضي وقيل ينظر
 أيهما سبق بالدعوة يبدأ بيمين خصمه وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله
 قائم مقام اقراره وان قامت لهما جميعاً بينة أخذت بينة الطالب لان في بينته زيادة اثبات
 ولانه يقيم البينة على حق نفسه فالمطلوب انما يقيم البينة على حق الطالب وبينته الانسان على
 حق نفسه أولى بالقبول وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد ان كان افتراقا
 عن مجلس العقد فكذلك الجواب وان لم يفترقا عن مجلس العقد يقتضي بسلمين عشرة في كر
 حنطة بينة رب السلم وعشرة في كر شعير بينة المسلم اليه ومحمد رحمه الله يقول البيئات حجج
 فهما أمكن العمل بها لا يجوز ابطال شيء منها وهنا العمل بالبينتين يمكن اذلا منافاة بين العقدين
 فيجب العمل بهما كحجج الشرع بخلاف ما بعد الافتراق فانه ما قبض في المجلس الا عشرة
 واحدة فلا يمكن القضاء بالعقدين فهذا رجحنا بينة الطالب وقاس هذا ببيع العين فانه لو
 قال بعت منك هذه الجارية بألف درهم وقال المشتري بعتني العبد بألف درهم وأقاما جميعاً
 البينة يقتضى بالعقد فهما جميعاً بالاتفاق فكذلك في السلم وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله
 يقولان مع اختلافهما اتفقا على أنه لم يكن بينهما الا عقد واحد فالقضاء بالعقدين قضاء بما لم

يطلبوا وليس للقاضي ذلك يقرره انه لا مقصود للمطلوب في هذه البينة اثباتاً لان حقه في رأس المال وهو سالم له ولا مؤنة عليه في ما في ذمته حنطة كان أو شعيراً فانما مقصوده نفي بيينة الطالب فرجحنا بيينة الطالب للأثبات بخلاف بيع العين فالبائع هناك بيينته يثبت ازالة العين عن ملكه ليسقط مؤنته عن نفسه بالتسليم الى المشتري فكان هو مثبتاً كالمشتري فلهذا قضينا بالعقدين ثم نص على الخلاف فيما اذا اختلفا في جنس المسلم فيه ولم يذكرك ذلك فيما اذا اختلفا في صفته ومن أصحابنا رحمهم الله تعالى من قال هو على الخلاف أيضاً ومنهم من فرق لمحمد بينهما فقال باختلافهما في الصفة لا يتحقق الخلاف في العقد ألا ترى أنه قد يسلم في الجيد ويأخذ مكانه رديئاً ويجوز أن يسلم في الرديء فيعطيه مكانه جيداً فعرفنا أن باختلاف الصفة لا يختلف العقد فلا يمكن القضاء هناك بالعقدين بخلاف الجنس فان بالسلم بالحنطة لا يجوز أخذ الشعير فكان الاختلاف في ذلك اختلافاً في العقد وقد أثبت كل واحد منهما ما ادعى من العقد بالبيينة فيقضى بالعقدين فان لم يكن لهما بيينة وتحالفا فسخ القاضي العقد بينهما اذا طلب ذلك احدهما قطعاً للمنازعة لما في امتدادها من الفساد ودفع الضرر عن كل واحد منهما باعادة رأس ماله اليه وقد بينا في باب اللعان انه يفرق بينهما بعد التلاعن من غير طلبهما لان حرمة الاجتماع بين المتلاعنين مادام مصرين حق الشرع فلا يتوقف التفريق على طلبهما أو طلب أحدهما وهنا فسخ العقد حقهما فيتوقف على طلبهما أو طلب أحدهما قال (فان لم يختلفا في المسلم فيه ولكن اختلفا في مكان الايفاء) فقال الطالب شرطت لي مكان كذا وكذا وقال المطلوب بل مكان كذا وكذا فان أقام البيينة فالبيينة بيينة الطالب وان لم يكن لهما بيينة فالقول قول المطلوب مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وان لم ينص عليه في الكتاب وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يتحالفاً ويتردان السلم وقيل هذا الاختلاف على القلب فان من مذهب أبي حنيفة ان بيان مكان الايفاء شرط كالصفة فلا بد من ذكره فالاختلاف فيه يوجب التحالف عنده وعندهما ليس بمنزلة الصفة بل هو زائد لا يحتاج الى ذكره والاصح ان الخلاف في موضعه فان عندهما متعين مكان الايفاء موجب العقد ولهذا لا يحتاج الى ذكره بل يتعين موضع العقد للايفاء والاختلاف في موجب العقد يوجب التحالف وعند أبي حنيفة هو موجب بالشرط كالأجل والاختلاف فيه لا يوجب التحالف ثم وجه قولهما أن المالية فيما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فالاختلاف فيه كالاختلاف في

الصفة وهذا لان المقصود بالعقد المالية وأبو حنيفة يقول القياس يمنع التحالف تركنا ذلك
 بالسنة وانما جاءت السنة بالتحالف عند الاختلاف فيما هو من صلب العقد وهو البذل فاما
 المكان ليس من صلب العقد فالاختلاف فيه كالاختلاف في الاجل وهذا لان المعقود عليه
 لا يختلف باختلاف مكان تسليمه بخلاف الصفة فالمعقود عليه اذا كان ديناً يختلف باختلاف
 صفته فلهذا فرق بينهما في حكم التحالف قال (وان اختلفا في الاجل فهو على ثلاثة أوجه اما ان
 يختلفا في مقدار الاجل أو في مضي الاجل أو في أصل الاجل فان اختلفا في مقدار الاجل
 فقال الطالب كان الاجل شهراً وقال المطلوب شهرين فالقول قول الطالب مع يمينه) لان الاجل
 حق المطلوب قبل الطالب فان اعتبره متأخر مطالبته عنه فالمطلوب يدعى زيادة في حقه والطالب
 ينكر والقول قول المنكر مع يمينه فان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب لاثباته الزيادة في حقه
 وان اختلفا في مضيه فقال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى وقال المطلوب انما عقدنا العقد
 اليوم والاجل شهر فالقول قول المطلوب إما لان الطالب يدعى تاريخاً سابقاً في العقد والمطلوب
 منكر لذلك أو لانهما تصادقا على ثبوت الاجل حقاً للمطلوب ثم الطالب يدعى ايفاء حقه
 والمطلوب ينكر فالقول قول المنكر وان أقام البينة فالبينة بينة المطلوب أيضاً لان المقصود
 اثبات الاجل وذلك بينة المطلوب لانه يثبت قيام الاجل في الحال والطالب ينفي ذلك
 ببينته فكان القول قوله من وجه والبينة بينة من وجه كالمودع اذا ادعى ود الوديعة فالقول
 قوله لا نكاره الضمان وان أقام البينة فالبينة بينته أيضاً لاثباته الرد فان اختلفا في شرط الاجل
 ففي القياس القول قول من ينكر شرط الاجل والعقد فاسد لان عقد السلم لا يصح الا
 باشتراط الاجل فمن ينكر الاجل فهو منكر للعقد في المعنى فالقول قوله ولان الاجل
 شرط زائد فاذا اختلفا فيه كان القول قول من ينكره كالخيار في البيع استحسّن أبو حنيفة
 فقال القول قول من يدعى الاجل أيهما كان وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى اذا كان
 الطالب يدعى الاجل فكذلك وان كان المطلوب هو الذي يدعى الاجل فالقول قول الطالب
 لا نكاره قياساً لان الاجل حق المطلوب قبل الطالب فاذا ادعاه المطلوب وأنكر الطالب
 فكلاهما خرج مخرج الدعوى والانكار فكان القول قول المنكر وذا ادعى الطالب الاجل
 فكلام المطلوب في الانكار تغت لان الطالب أقر له بحقه وهو أنكر ذلك لينفسد العقد
 ولا يلتفت الى قول المتغنت فهو كما لو اختلفا المضارب ورب المال فقال رب المال شرطت لك

نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول قول رب المال لا نكاره
الزيادة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب الا عشرة فالقول قول رب
المال لان المضارب متعنت في انكاره بعض ما أقربه ليفسد العقد وأبو حنيفة يقول الأجل
من شرائط السلم فاتفقهما على عقد السلم يكون اتفاقا على شرائطه فكان المنكر منهما للأجل
راجعا عما أقربه والرجوع عن الاقرار باطل ألا ترى ان الاختلاف لو وقع بين الزوجين في
النكاح أنه كان بشهود أو بغير شهود يجعل القول قول من يدعى أن النكاح بشهود لهذا المعنى
وهذا لان شرط الشيء تبع له وثبوت البتبع بثبوت الاصل ألا ترى ان من نذر صلاة
تلزمه الطهارة فاتفقهما على أصل العقد يكون اتفاقا على ما هو من شرائطه فان أقام البيئتين فالبيئتين
بيئته من ثبت الاجل لانه ثبت بيئته شرط صحة العقد اذا الاجل شرط زائد كاختيار فن
يثبته بالبيئتين كانت بيئته أولى بالقبول قال (واذا تاركا السلم بعد قبض رأس المال ثم اختلفا
في رأس المال فالقول قول المطلوب مع يمينه والبيئتين بينة الطالب) لانه ثبت الزيادة بيئته
والمطلوب ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه ولا يتحالفان بخلاف بيع العين فانهما اذا
اختلفا هناك في الثمن بعد الاقالة تحالفا وهذا لان المقصود بالتحالف الفسخ والاقالة كالبيع
في احتمال الفسخ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد الاقالة قبل الرد تنفسخ الاقالة ولو وجد به
عيبا فان حدث عند المشتري يرد به بذلك واقالة السلم لا تحتل الفسخ حتى لو كان رأس المال
عيبا لم تنفسخ الاقالة بالهلاك في يد المسلم اليه ولا بالرد بالعيب وهذا لان المسلم فيه دين
وبالاقالة يسقط والساقط متلاشى فلا يتصور فسخ السبب فيه وانما كان وجوبه بالعقد فلا
يبقى بعد انفساخ العقد وبدون بقاء ما تتناوله الاقالة لا يتصور فسخ الاقالة وهناك العقد تناول
العين وهو باق بعد الاقالة قال (واذا أسلم الرجل عشرة دراهم الى رجل في طعام فوجد فيها
دراهما زائفا بعد ما اقترقا فانكر رب السلم أن يكون ذلك من دراهمه فالقول قول المسلم اليه مع
يمينه) لانه ينكر استيفاء حقه لان حقه في الجياد وهذا بخلاف بيع العين فان هناك المشتري
اذا طعن بعيب وانكر البائع ان يكون ما أحضره هو المبيع فالقول قول البائع لان العقد تناول
العين وقد تصادقا على قبض المشتري لما هو المعقود عليه ثم المشتري يدعى عليه لنفسه حق الرد
والبائع منكر لذلك وهناك حق المسلم اليه يثبت في الجياد دينا وهو منكر لقبض الجياد فالقول
قوله وهذا اذا لم يسبق منه اقرار باستيفاء الجياد او باستيفاء حقه او باستيفاء رأس المال بان

كان ساكتا أو أقر قبض الدراهم فاسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف فأما إذا أقر بشئ
 مما ذكرنا كان هو في دعوى الزيادة بعد ذلك مناقضا فلا يقبل قوله . قال (واذا أسلم إليه مائة
 درهم في طعام وأعطاه بعضها وأحاله على رجل يبعثها وبقي عنده بعضها ثم تفرقا فله من السلم
 بحساب ما تقدمه وقد بطل ما سوى ذلك) لا فترقا قبل قبض رأس المال فإنه بالحوالة لا يصير
 قابضاً بل حقه في ذمة المحال عليه كهو في ذمة الحيل وقد بطلت الحوالة لأنها كانت برأس مال السلم
 وقد بطل حق المسلم إليه عن ذلك حين افتراقا قبل القبض فتبطل الحوالة لذلك ويرجع رب
 السلم بالدراهم التي أحاله بها على المحتال عليه يريد به أن ذلك كان ديناً للمحيل على المحتال عليه
 فيرجع عليه بدينه كما كان . قال (ويجوز أن يسلم الحيوان ولا مالا يكال ولا يوزن فيما يكال
 ويوزن) لأن رأس المال معجل في هذا العقد يجوز تعيينه فكل ما يصلح مبيعاً يصلح أن يكون
 رأس المال وإنما يجوز السلم عند انعدام وصفى علة ربا الفضل الجنسية والقدر وقد وجد ذلك .
 قال (ويسلم الثوب القوي في الثوب المروى والمروى وما أشبه ذلك من الثياب المختلفة باختلاف
 البلد أن والصنعة يسلم بعضها في بعض وكذلك الزطي في المروى والكسا في الطيلسان
 والطيلسان في الكسا والثوب من الكتان في الثوب من القطن إما لاختلاف الأصول أو
 لاختلاف الصنعة على وجه يوجب تبديل الاسم والمقصود والوذاي يراد به ما لا يراد
 به البلدي والزنديجي كذلك وإن كان أصل الكل واحداً وهو القطن وهو كالسعلاطوى
 مع الحمار الأسود جنسان وإن اتحد الأصل وهو الأبريسم واليعفوري مع الكسا جنسان وإن
 اتحد الأصل وعند اختلاف الجنس فيما لا يكال ولا يوزن يجوز اسلام البعض في البعض . قال
 (ولا بأس بالسلم في الكتان والقطن والقز والأبريسم لأنه موزون معلوم مقدور التسليم وإن اشترط
 أن يوفيه السلم في مدينة كذا وفي مصر كذا حيث مادفعه إليه من ذلك المصر أو من تلك المدينة
 فله ذلك وليس لرب السلم أن يكلفه تسليمه إليه في موضع آخر منه لأن المستحق بالشرط أدنى ما
 يتناوله الاسم كما بينا في شرط الجيد حيث مادفعه إليه في ذلك المصر فقد وفي بالشرط ولأن
 نواحي مصر في مصر كما كان واحد بدليل جواز عقد السلم فإذا لم يعين موضعاً من مصر كان له
 أن يسلم في أي موضع شاء منه فإن قيل أليس أنه إذا استأجر دابة إلى مصر كذا فدخلها
 كان له أن يتبلغ عليها إلى منزله في مصر قلنا هذا مستحسن للعرف والعادة فإن الإنسان
 إذا استأجر دابة إلى مصر من الأمصار أنه لا يستأجر دابة أخرى بعد دخول ذلك المصر

ليتبلغ عليها الى منزله فالمستحسن من القياس بالعرف لا يرد نقضا علي القياس ولا يعدو الموضع
 الذي فيه العرف . قال (ولا خيار في السلم في المسابق والفران لانها تختلف منها الصغيرة والكبيرة
 والمسبق ماله كان طويلا كما يكون للا كراد وبعض العرب والفرو مالا كم له . قال) (الا أن
 يشترط من ذلك شيئا معروفة الطول والعرض والتقطيع والصفة فحينئذ يجوز لانه معلوم
 مقدور التسليم . قال) (ولا خير في السلم في كل شيء اشترط فيه الاوقار والاحمال) لان ذلك يختلف
 فبعضها يكون أثقل من بعض وهذه الجمله تقضي الى المنازعة بينهما . قال (وان اشترط
 على المسلم اليه ان يحمل السلم الى منزل صاحب السلم بعد ما يوفيه اياه في المكان الذي شرطه
 فلا خير فيه على هذا الشرط) لان العقد ينتهي بالإيفاء في المكان المشروط ثم قد شرط
 لنفسه منفعة بعد انتهاء العقد وهو الحمل وذلك مفسد للعقد كما لو شرط أن يطحنه وان
 اشترط أن يوفيه إياه في منزله فلا بأس به استحسانا والقياس فيه مثل الاول من أصحابنا
 رحمهم الله تعالى من يقول موضع هذا القياس والاستحسان اذا اشترط ان يوفيه في منزله
 بعد ما يوفيه في مكان كذا ليكون الفصل الثاني على وزان الفصل الاول وفي القياس لا يجوز
 لاشترطه منفعة لنفسه بعد ما انتهى العقد نهايته اذ لا يتأتى إيفاءه في منزله بعد الإيفاء
 في المكان المشروط الا بالحمل فلفظ الحمل والإيفاء فيه علي السواء وفي الاستحسان . قال (ان
 اشترط بلفظة الإيفاء فالثاني مثل الاول من جنسه فينفسخ به الشرط الاول ويصير كأنه
 اشترط ابتداء هذا فأما الحمل ليس من جنس الإيفاء فلا ينفسخ به الشرط الاول وهو نظير
 ماله باعه بألف ثم باعه بالفين انفسخ به العقد الاول ولو وهبه لم ينفسخ به العقد الاول وبيان
 المجانسة ان العقد يقتضي الإيفاء لا محالة ولا يقتضي الحمل ألا ترى أن رب السلم قد يأتي الى المسلم
 اليه ليوفيه في منزله فلا يحتاج الى الحمل فعرفنا أن الحمل ليس من جنس الإيفاء من حيث أن
 العقد قد يخلو منه وقيل بان القياس والاستحسان فيما اذا اشترط ابتداء أن يوفيه في منزله
 في القياس لا يجوز لانه لم يمين منزله وانما المراد منزله عند حلول الاجل وذلك غير معلوم
 وقد يكون في هذا المصير وقد يكون في مصر آخر ولكنه استحسن فقال العادة لم تجر باستبدال
 المنزل بالمنزل في كل وقت أو الا تنقل من المصير الى المصير للتوطن ومنزله للحال معلوم فباعتبار
 الظاهر يكون هذا منزله عند حلول الاجل والتعين بالعرف كالتعيين بالنص وقيل بل
 موضع القياس والاستحسان ما اذا شرط أن يوفيه في منزله ولا يعلم المسلم اليه منزله في المصير

في أي محلة هو في القياس لا يجوز للجهالة وفي الاستحسان يجوز لأن نواحي المصر مكان واحد ولكن في هذين الوجهين لا فرق بين أن يكون بلفظ الحمل أو بلفظ الإيفاء وفي الكتاب قال نأخذ بالحمل في القياس وفي هذا بالاستحسان فعرفنا أن مراده الوجه الأول . قال (ولا بأس بالسلم بالجبن والمصل) لأنه موزون معلوم وبعض المتأخرين رحمهم الله يقولون هذا في مصل ديار خوارزم فإنه لا يخالطه الدقيق فانا في مصل ديارنا ينبغي أن لا يجوز لأنه يخالطه دقيق الشعير وقد نقل ذلك وقد يكثر ويجنسه تختلف المالية فكان قياس السلم في الناطف الممون والاصح أنه ان كان معلوما عند أهل الصنعة على وجه لا يتفاوت فالسلم صحيح . قال (واذا اختلفا فقال رب السلم أسلمت إليك في ثوب يهودى وقال المسلم إليه بل هو في زطى يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه) لاختلافهما في جنس المعقود عليه وأيهما أقام البينة وجب قبول بينته وان أقاما البينة فالبينة بينة الطالب في قول أبي يوسف وفي قول محمد يقضى بسلمين اذا كانا في المجلس وقد بينا هذا واذا اتفقا على أنه يهودى غير أن الطالب قال هو ستة أذرع في ثلاثة أذرع وقال المطلوب خمسة أذرع في ثلاثة أذرع في القياس يتحالفان ويترادان وبالقياس نأخذ وفي الاستحسان القول قول المطلوب لأن المسلم فيه مبيع ولو كان مبيعا عينا واختلفا في طوله وعرضه لا يتحالفان بل القول قول من ينكر الزيادة فكذلك في السلم وهذا لأن زيادة الطول والعرض لا تستحق الا بالشرط فكان بمنزلة الاجل وقد بينا أنهما اذا اختلفا في الاجل لم يتحالفا فهذا مثله وفي القياس المسلم فيه دين والذرعان لا علامة في المذروعات بمنزلة العقد في المقدورات ولو اختلفا في مقدار المسلم فيه تحالفا ثم أكثر ما في الباب ان الذرعان صفة ولكن المسلم فيه دين فيختلف باختلاف الصفة وقد بينا هذا في الجيد والردى انهما اذا اختلفا فيه تحالفا فكذلك في الذرعان ونأخذ بالقياس لقوة جانب القياس والاستحسان قياسان فأيهما كان أثره أقوى يؤخذ به ولم يذكر هذا القياس والاستحسان عند الاختلاف في صفة الجودة والرداءة لتحقيق المغايرة بينهما والجيد غير الردى اذا كان دينا ولا يتحقق مثل تلك المغايرة هنا فالطويل من الثوب قد يصير قصيرا بقطع بعضه والقصير قد يزداد فيه فيصير طويلا فلهذا ذكر القياس والاستحسان هنا ولم يذكر ثمنه . قال (واذا اختلفا في السلم أو في رأس المال لم يقبضه ولم يتفرقا) فالخاصل ان هذه ثلاثة فصول (أحدها) أن يكون الاختلاف في رأس المال وهو على وجهين أما أن يكون عينا

أو دينا فان كان عينا فقال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المطلوب بل هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فانه يقضى بالسلمين بالاتفاق لان كل واحد منهما بينته يثبت حقه فالطالب يثبت ازالة الثوب بالذي عينه عن ملكه بكر حنطة والمطلوب يثبت ملكه في الثوب الآخر فلا بد من القضاء بالعقدين وان قال الطالب أسلمت اليك هذا الثوب وقال المطلوب مع هذا الثوب الآخر وأقاما البينة فالبينة بينة المطلوب بالاتفاق لان القضاء بالعقدين غير ممكن فالثوب الواحد لا يكون جميع رأس المال في عقد وبعض رأس المال في عقد آخر والمطلوب يثبت الزيادة في حقه بينته فلهذا قضينا بينته باسلام الثوبين في كر حنطة وان كان رأس المال ديناً فان اختلفا في جنسه فقال رب السلم عشرة دراهم في كر حنطة وقال المسلم اليه دينار في كر حنطة وأقاما البينة فلا اشكال على قول محمد أنه يقضى بالعقدين وقيل هكذا ينبغي في القياس على قول أبي يوسف اعتباراً للدين بالعين والدنانير غير الدراهم ولكنه استحسن فقال يقضى بعقد واحد وتكون البينة بينة المطلوب لان الطالب لما لم يثبت لنفسه شيئاً اذ لا مؤنة عليه فيما في ذمته وحقه في السكر ثابت باتفاقهما والمطلوب يثبت حقه بينته فكانت بينته أولى وان اختلفا في قدر رأس المال فقال الطالب عشرة دراهم وقال المطلوب عشرون وأقاما البينة فهو على هذا الخلاف وكذلك لو كان الاختلاف في المسلم فيه في الجنس والقدر وقد بينا الاختلاف وان كان الاختلاف فيهما جميعاً بأن قال رب السلم عشرة دراهم في كرى حنطة وقال المسلم عشرون درهما في كر حنطة فعند أبي يوسف تقبل بينة كل واحد منهما على ما يدعى من الزيادة في حقه ويقضى بعقد واحد وهو اسلام عشرين درهما في كرى حنطة وعند محمد يقضى بعقدين كما شهد به كل فريق فالخاصل أن عند محمد يقضى بعقدين ما أمكن الا اذا تعذر حينئذ يشتغل بالترجيح للضرورة وعند أبي يوسف يقضى بعقد واحد الا اذا تعذر حينئذ يقضى بعقدين للضرورة وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف رحمهما الله قال (ولو أسلم عبداً أو ثوباً في حنطة أو شعير ولم يسم رأس مال كل واحد منهما فهو جائز) لما بينا أن الثوب والعبد ليس بمقدر فلا يضر ترك تسمية رأس مال كل واحد منهما ولكن يتقسم عليهما باعتبار القيمة كما لو اشترى كر حنطة وكر شعير عينا بثوب واحد أو عبد بعينه فانه يتقسم باعتبار القيمة للتعارض بينهما وليس أحدهما في تخصيصه بشئ بأولى من الآخر قال (واذا باع جارية بألف مثقال ذهب وفضة أو دراهم ودنانير كان

له من كل واحد منهما النصف لان الواو للعطف ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه
 المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه الا أنه اذا كان قال الف مثقال فعليه خمسمائة مثقال
 ذهب وخمسمائة مثقال فضة لانه فسر المثاقيل بالذهب والفضة وان قال ألف من الدراهم
 والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لانه هو المتعارف في وزن
 الدراهم فينصرف اليه وكل ما يصلح أن يكون عوضاً في البيع يصلح ذلك في الاجارة أيضاً
 لان المنافع في حكم الاموال أو بالعقد يثبت لها حكم المالية حتى لا يثبت الحيوان ديناً فيه في
 الذمة للاحال ولا مؤجلاً كما في البيع ويثبت المكيل والموزون حالاً ومؤجلاً والثياب
 المرصوفة فيه تثبت مؤجلة لاحالة لان استقرار الثياب لا يجوز والسلم فيها صحيح والقرض
 لا يكون الا حالاً والسلم لا يكون الا مؤجلاً ففرقنا أنها تثبت في الذمة مؤجلة لاحالة لان
 استقرار الثياب لا يجوز عوضاً عما هو مال واما الحيوان لا يجوز استقراره ولا السلم فيه
 ففرقنا أنه لا يثبت في الذمة مؤجلاً ولا حالاً بدلاً عما هو مال . قال (واذا أسلم اليه عشرة
 دراهم في عشرين مختوم شعير أو عشرة مخاتيم حنطة بالشك أنه يعطيه أيهما شاء فلاخير
 فيه) لان المسلم فيه مبيع وهو مجهول حين ادخل حرف أو بين الحنطة والشعير ومثل هذه
 الجهالة في بيع العين يمتنع جواز العقد في السلم أولى وكذلك لو قال ان اعطيني الى شهر
 فكذا أو ان اعطيني الى شهرين فكذا فهو فاسد لجهالة المعقود عليه عند لزوم العقد إما جنساً
 وإما قدراً لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين في صفقة وعن شرطين في بيع
 وتفسير ذلك هذا ونحوه . قال (ولا يستطيع رب السلم أن يبيع ما أسلم فيه قبل القبض) لان
 المسلم فيه مبيع وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز لحديث عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده
 أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
 غياث بن أسد رضي الله عنه قاضياً وأميراً قال انهم عن أربعة عن بيع ما لم يقبضوا وعن
 رجب ما لم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف ولان العين أقبل للتصرف من الدين
 ثم المبيع العين اذا كان منقولاً لا يجوز التصرف فيه قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق
 للتصرف فاذا كان ديناً أولى وذلك الغرر هنا قائم فان الدين ينوي بفوات محله يعني اذا مات
 المديون مفلساً ولهذا تبطل الحوالة فكما لا يبيع المسلم فيه قبل القبض لا يشرك فيه شريكاً
 ولا يولييه أحداً لان التولية تمليك ما يملك بمثل ما يملك به والاشراف تمليك مثل ما يملكه بمثل

نصف ماملك به فكما لا يجوز هذا التصرف منه في الكل لا يجوز منه في البعض . قال (رجل
قال لرجل اسلمت الى عشرة دراهم في كرحنطة ثم قال بعد ماسكت ولكني لم أقبض
الدراهم منك وقال رب السلم بل قبضتها فالقول قول رب السلم استحسانا وفي القياس القول
قول المسلم اليه) وكذلك لو كان رأس المال ثوبا وجه القياس ان السلم اسم للعقد واقراره لا يكون
إقرارا بالقبض كالبيع فانه اذا قال ابتعت منك كذا ثم قال لم أقبض كان القول قوله في ذلك
لانه منكر للقبض والاخر يدعى عليه التسليم فجعل القول قول المنكر فكذا في السلم ألا
تري أنه لو قال ذلك موصولا بكلامه كان القول قوله ولو صار بالاقرار بالسلم مقرا بالقبض
لكان هذا رجوعا والرجوع لا يعمل موصولا كان أو مفصولا ولكنه استحسن فقال السلم
أخذ عاجل بأجل فطلقه يقتضى الاقرار بالعقد والقبض جميعا فكان قوله لم أقبضه بيانا فيه تغيير
لمقتضى مطلق كلامه والبيان المغير للفظه صحيح موصولا بكلامه لا مفصولا وهذا تخصيص
للفظه العام والتخصيص ممن لا يملك الابطال صحيح موصولا لا مفصولا بمنزلة الاستثناء
قال في الاصل وهذا مثل قوله قد أعطيتني عشرة دراهم في كرحنطة أو أسلفتني أو
أقرضتني عشرة دراهم برؤسها ثم قال لم أقبض والقياس والاستحسان في الكل ولكن
من عادته الاستشهاد بالوضح وكذلك لو قال علي ألف درهم من ثمن جارية بعثتها ثم قال
لم أقبضها وقال الآخر قد قبضت فهو غير مصدق في قوله لم أقبضها وصل أم قطع في قول
أبي حنيفة وكان أبو يوسف يقول أولا ان وصل يصدق وان فصل لم يصدق ثم رجع وقال
اذا فصل يسأل المقر له عن جهة المال فان أقر بجهة البيع وقال قد قبضتها فالقول قول المقراني
لم أقبضها وان قال المال عليه من جهة أخرى فالقول قوله والمال لازم على المقر وهو قول محمد
وهذا في الحقيقة ليس برجوع بل تفسير لما أبهمه في الابتداء وجه قولهما انهما تصادقا على
البيع فالبايع يدعي تسليم المعقود عليه والمشتري منكر فالقول قول المنكر كما لو قال ابتعت
منك جارية بألف درهم ثم قال لم أقبضها أو قال لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي
بعثتها مني ولم أقبضها فالقول قوله في ذلك فان لم يصدقه المقر له في الجهة فقد أقر بوجوب المال له
عليه ثم ادعى ما يسقطه فلا يصدق اذا كان مفصولا لما بينا ان قوله لم أقبضها بيان مغير لموجب
اقراره فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء اذا قال لقان علي ألف درهم الا مائة أو قال
الا وزن خمسة وأبو حنيفة يقول أقر بالقبض ثم رجع والرجوع باطل موصولا كان أو

مفصولا ومعنى هذا انه أقر بكون المال ديناً في ذمته بقوله له علي ألف درهم ثمن جارية غير معينة وثمن الجارية التي هي غير معينة لا يكون واجبا الا بالقبض لان التي هي غير معينة في حكم المستهلكة وثمن الجارية المستهلكة لا يكون واجبا الا بعد القبض فعرّفنا أنه أقر بالقبض ثم رجع بخلاف قوله ابتعت فهناك ما أقر بان المال واجب في ذمته انما أقر بالابتاع وذلك لا يكون اقراراً بالقبض وبخلاف قوله ثمن هذه الجارية لانه انما أقر بوجود المال عليه بمقابلة جارية معينة وثمن الجارية المعينة يكون واجبا قبل القبض يوضحه انه أقر بالمال وادعى لنفسه أجلا غير متناه فان المشتري لا يلزمه تسليم الثمن الا بعد احضار البائع المبيع وما من جارية يحضرها البائع الا وللمشتري أن يقول المبيعة غيرها ولو ادعى لنفسه أجلا معلوما كشهرا أو سنة لم يقبل قوله في ذلك وصل أو فصل فهنا أولى بخلاف الجارية المعينة فان هناك ما ادعى لنفسه أجلا لانها حاضرة وانما أقر علي نفسه بالمال بشرط أن يسلم له تلك الجارية ألا ترى أن المقر له لو قال الجارية جاريك ما بعتهأولى عليك ألف درهم يلزمه المال ولو قال الجارية جاريقي ولي عليك المال لم يلزمه شيء لانه لم يسلم له شرطه . قال (واذا أسلم الرجل الى رجل في كرحنطة فأعطاه كرا بغير كيل فليس له ان يبيعه ولا يأكله حتى يكتاله لان المسلم فيه مبيع وانما اشتراه رب السلم بذكر الكر فلا يتصرف فيه حتى يكتاله والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري يعني اذا اشتراه بشرط الكيل فليس له ان يكتفي بكيل البائع ولا يتصرف فيه بعد القبض حتى يكيّله وهذا لانه انما يملك المعقود عليه والمعقود عليه القدر المسمى ولا يعلم ذلك الا بالكيل ألا ترى أنه لو كاله فوجده أزيد يلزمه رد الزيادة وتصرفه من حيث الاكل والبيع بحكم الملك فما لم يتعين ملكه بمعرفة المقدار لم يكن له ان يتصرف فيه وان هلك عنده وهو مقر بأنه كرواف فهو مستوف لان قبضه على وجه التملك بعقد السلم فيصير مضمونا عليه بالقبض وقد هلك عنده فيلزمه مثله وقد أقر أنه كان كرا فيصير مستوفيا بطريق المقاصة لان ما في المقاصة آخر الدينين قضاء عن أولهما وآخره دين المسلم اليه فيصير رب السلم مقتضيا طعام السلم به ولان القبض تلاقى العين واستيفاء الدين لا يكون الا من العين فاذا أقر أنه كان كرا فقد علمنا انه يقبضه صار مستوفيا لحقه وهذا الحكم في كل مكيل وموزون فأما في المذروعات له أن يتصرف قبل الذرع لان الذرع

صفة حتى لو وجدوه أزيد يسلم له الزيادة ولو وجدته أنقص لا يحط شيئا من الثمن فعرفنا ان الملك بالعقد انما ثبت له في العين وقد تم قبضه في العين وفي العدديات المتقاربة أظهر الروايتين عن أبي حنيفة أنه لا يتصرف قبل العد في العدديات مقدار كالكيل والوزن حتى لو وجدته زائدا لا يسلم له الزيادة ولو وجدته أنقص يحط حصّة النقصان من الثمن وقد روى عنه انه يجوز التصرف فيه قبل العد وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان بصفة العدد لا يصير مال الربا فهو بمنزلة الذرع في المذروعات والزيادة والنقصان لا يتحققان فيه الا بغلط في العدد بخلاف الكيل والوزن والزيادة والنقصان هناك يظهر ان باجتهاد من السكّال والوزان من غير ان يتيقن بالخطأ فيه وهنا الزيادة والنقصان لا يظهر ان الا بغلط في العد فكان العقد متنا ولا للعين فيجوز التصرف فيه قبل العد كما في المذروعات وجه قول أبي حنيفة رضى الله عنه أن المقصود عليه في العدديات العدد لانه مقدار كالكيل والوزن ألا ترى أنه لو وجدته أزيد لا يسلم له الزيادة ولو وجدته أنقص يحط بحصّة النقصان من الثمن فصار المعقود عليه القدر والقدر لا يصير معلوما الا بالعد الا أنه لا يجري فيه الربا لانه صار عدديا باصطلاح الناس لا يجعل الشرع أمثالا متساوية فاذا باع جوزة بجوزتين فقد أعرضا عن ذلك الاصطلاح وما ثبت باصطلاح الناس يبطل باصطلاحهم أيضا بخلاف المكيل والموزون . قال (وان اشترى المسلم اليه من رجل كرائم قال لرب السلم اقبضه قبل أن يكتاله من المشتري فليس ينبغي لرب السلم أن يقبضه حتى يكتاله المشتري) لان في هذا القبض وكيل المسلم اليه فكما أن المسلم اليه لو قبض بنفسه كان عليه أن يكيّله فكذلك اذا قبضه وكيّله كان عليه أن يكتاله للمسلم اليه بحكم الشراء ثم يكيّله ثانيا للقبض بنفسه بحكم السلم وليس له أن يأخذ بكيّله ذلك لانه في ذلك نائب عن المسلم اليه فكان المسلم اليه فعله بنفسه ثم سلمه اليه فعليه ان يكتاله لنفسه بحكم السلم وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم حتى يجري فيه الصاعان أى اذا اتلفاه البائع من غيره بشرط الكيل ولقاه غيره بشرط الكيل واختلف مشايخنا رحمهم الله في فصل وهو ما اذا اشترى طعاما مكيّلة فكاله البائع بمحض من المشتري ثم سلمه اليه فهم من يقول ليس للمشتري ان يكتفى بذلك الكيل ولكنه يكيّله مرة أخرى استدلالا بهذه المسئلة وكيل البائع بمحضته لا يكون أقوى من كيّله بنفسه والاصح له أن يكتفى بذلك الكيل لان استحقاق الكيل بحكم عقده ففعل

البائع بحضرته كفعله بنفسه وفي مسألة السلم استحقاق الاول بالكيل كان بالشراء فلا ينوب ذلك عن الكيل المستحق بالسلم فلهذا يلزمه الكيل مرة أخرى فان دفع المسلم اليه الى رب السلم دراهم فقال اشترى لي بها طعاما فقبضه لي بكيل ثم كله لنفسك بكيل مستقبل كان جائزا لانه وكيل المسلم اليه في الشراء له وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه اشتراه بنفسه ثم أمر رب السلم بقبضه وهي المسئلة الاولى ولو قال رب السلم للمسلم اليه كل مالي عليك من الطعام فأعزله في بيتك أو في غرائرك ففعل ذلك لم يكن رب السلم قابضا بمنزلة قوله اقبضه لي يسارك من عيذك وهذا لان المسلم فيه دين على المسلم اليه والمديون لا يصلح أن يكون نائباً عن صاحب الدين في قبض الدين من نفسه ولو وكل رب السلم بقبض ذلك غلام المسلم اليه أو ابنه فهو جائز لانه يصلح نائباً عن رب السلم في قبض حقه وهو في ذلك كأجنبي آخر والانسان يصير قابضا حقه بيد نائبه كما يصير قابضا بيد نفسه قال (ولو دفع اليه غرائره فقال كل مالي عليك اجعله في غرائري ففعل ذلك ورب السلم ليس بحاضر لم يكن ذلك قبضا) وفرق بين هذا وبين ما اذا اشترى منه طعاما بعينه على أنه كر ثم دفع اليه غرائره وأمره أن يكيه فيها ففعل فانه يصير قابضا والفرق بينهما ان القبض في باب السلم موجب بملك العين وغرائره لا تصلح نائبة عنه في تملك العين وفي باب الشراء قد ملك العين بالعقد وانما القبض للاحراز والغرائر تصلح نائبة عنه في الاحراز والثاني أن أمره بالكيل في غرائره غير معتبر بنفسه في السلم لان المسلم اليه انما يكيل ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية الكيل من غير اذنه فأما في الشراء اذنه معتبر في الكيل لانه انما يكيل ملك المشتري وله في ملك نفسه اذن معتبر فكان كياله في غرائره ككيل المشتري بنفسه ألا ترى انه لو أمر المسلم اليه بان يطحن ما عليه من طعام السلم ففعل ذلك كان الدقيق له ولا يكون لرب السلم ان يقبضه لانه يصير به مستبدلا وفي الشراء لو أمره ان يطحنه ففعل جاز وكان الدقيق للمشتري وكذلك في الشراء لو أمره أن يلقيه في البحر ففعل جاز وكان الثمن مقرراً عليه ولو أمره بذلك في السلم لم يجز ثم قال (في الشراء وله ان يبيعه اذا كان له البائع في غرائر المشتري بأمره قبل هذا غلط) لان الغرائر نائبة عنه في الاحراز لا في معرفة القدر فكأنه قبضه بنفسه فلا يتصرف فيه حتى يكيه ولكن ما ذكره في الكتاب أصح لما بينا أن أمره إياه بالكيل معتبر لمصادفته ملكه فكان البائع في الكيل كالنائب عنه والغرائر في القبض

والاحراز تنوب عنه وفعل نائبه كفعله بنفسه وفي السلم ان كان في الغرائر طعام لرب السلم فكاله فيه بأمره فقد قيل لا يصير قابضا لما ذكرنا ان أمره غير معتبر في ملك الغير قال رضى الله عنه والاصح عندي أنه يصير قابضا هنا لانه أمره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يمكن التميز معتبر فيصير بهذا الخلط قابضا وهو مثل ما ذكر في كتاب الصرف لو دفع الي صائغ نصف درهم فضة وقال زد من عندك نصف درهم وصنع لي منها خاتما ففعل ذلك جاز وصار بالخلط قابضا له . قال (واذا اسلم الرجل في كرخطة ثم اسلم المسلم اليه الى رب السلم في كرخطة وأجلهما واحد وصفتهما واحدة او مختلفة لم يكن احدهما قصاصا بالآخر اذا حلا وان تقاسما) لان المسلم فيه مبيع فيستحق قبضه بحكم العقد ولا يجوز ان يقضي به دين آخر لان المستحق بعقد السلم قبض بكيل بعد عقد السلم ولا يحصل ذلك بقضاء دين آخر به فاذا تقاسما فلا بد من ان يكون احدهما قابضا المسلم فيه ويكون ديننا عليه وذلك غير جائز . قال (فان كان أولهما مسلما والآخر قضاء لا يصير احدهما قصاصا في الحال من قبل ان القصاص عبارة عن المساواة ولا مساواة بينهما لان احدهما معجل والآخر مؤجل والمعجل خير من المؤجل الا اذا حل الاجل في السلم حينئذ يكون احدهما قصاصا بالآخر ولا بأس بأن يكون قصاصا اذا كان سواء تقاسما أو لم يتقاسما لوجود القبض بكيل بعد عقد السلم وهو قبض المستقرض ألا ترى ان رب السلم لو غصب من المسلم اليه كرا بعد ما حل طعام السلم كان مستوفيا حقه بطريق المقاصة فكذلك اذا استقرض وهذا لان في باب المقاصة آخر الدينين قضاء من أولهما ولا يكون أول الدينين قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه ولهذا في الدين المشترك لو وجب للمدين على أحد الشريكين دين بقدر حصة وصار قصاصا كان للشريك الآخر أن يرجع عليه بنصفه لانه صار مستوفيا حصته ولو كان دين المدين عليه سابقا على دينهما فصار قصاصا لم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشيء لانه صار بنصيبه قاضيا ديننا عليه لامقتضيا اذا ثبت هذا فنقول اذا كان آخر الدينين قرضا فالمسلم اليه بما أوجب له من القرض يصير قاضيا طعام السلم ورب السلم يكون مستوفيا واذا كان القرض أولا لم يكن قصاصا وان تقاسما به لان رب السلم يصير قاضيا بطعام السلم ما عليه من القرض ودين السلم يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به فان كان للمسلم اليه كرخطة ديننا على رجل أو استقرض من

رجل كرا فقال لصاحب السلم كله فاكتاله رب السلم كيلا واحداً جاز ويصير قابضاً لان
القرض لا يشترط فيه الكيل ألا ترى أن المقرض لو استرد ما أقرض ولم يكله كان له أن
يتصرف فيه والمستقرض لو قبض ولم يكل كان له أن يتصرف فيه ورب السلم في القبض من
المقرض أو المستقرض نائب عن المسلم اليه فكما قبضه تم فيه ملك المسلم اليه قبل ان يكله
ثم انما يكله بعد ذلك لنفسه بحكم السلم فهذا يكتفيه كيل واحد بخلاف ما سبق من الشراء
فان المسلم اليه لما اشتراه بشرط الكيل لا يتعين ملكه الا بالكيل فكان الكيل الاول من
رب السلم كتعيين ملك المسلم اليه فلا بد من ان يكله لنفسه بعد ذلك كيلا مستقبلاً . قال
(وان تاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك عند المسلم اليه فعليه قيمته) وكذلك لو تاركا بعد
هلاكه وهذه أربعة فصول (أحدها) ان يشتري عينا بدراهم فتقابض ثم تقايلا ثم هلك المبيع
قبل الرد بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائماً أو هالكا لان الاقالة رفع العقد وانما يرفع الشيء
من المحل الوارد عليه ومحل العقد المعقود عليه والمعقود عليه المبيع دون الثمن فان الثمن
معقود به ولهذا شرط قيام الملك في المبيع عند العقد دون الثمن فان كان المبيع هالكا عند
الاقالة فالاقالة باطلة لقوات محلها وكذلك اذا هلك بعد الاقالة قبل الرد لان العارض من
هلاك المحل بعد الاقالة قبل الرد كالمقترن بالاقالة ألا ترى ان هلاك المعقود عليه بعد العقد
قبل القبض يبطل العقد ويجعل كالمقترن بالعقد (والثاني) لو تبايعا عبداً تجارية وتقابضاً ثم تقايلا
ثم هلك أحدهما بقيت الاقالة لان ابتداء الاقالة بعد هلاك أحد العوضين صحيح فان كل واحد
منهما معقود عليه بدليل انه يشترط قيام الملك في العوضين جميعاً للمتعاقدين بخلاف الثمن
ألا ترى ان بعد هلاك أحدهما يمكن فسخ العقد برد الآخر بالعيب فكذلك بالاقالة واذا
جاز ابتداء الاقالة بعد هلاك أحدهما فكذلك تبقى الاقالة في القائم وعليه رد قيمة الهالك
لانه تعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب للرد فتزد القيمة اذا القيمة سميت قيمة
لقيامها مقام العين ولو هلكا جميعاً بعد الاقالة قبل التراد بطلت الاقالة لان ابتداء الاقالة
بعد هلاكهما باطل اذا لم يبق شيء من المحل الذي تناوله العقد فكذلك لا تبقى الاقالة بعد
هلاكهما (والثالث) السلم اذا تقايلا ورأس المال عين فهلك بعد الاقالة لم تبطل الاقالة
لان ابتداء الاقالة بعد هلاك رأس المال صحيح فان السلم بمنزلة بيع المقابضة لان المسلم فيه
مبيع معقود عليه فجازت الاقالة بعد هلاك ما يقابله واذا بقيت الاقالة فعليه رد قيمة

رأس المال لتعذر رد العين مع بقاء السبب الموجب له والقول قول المطلوب في مقدار القيمة
 اذا اختلفا لان الطالب يدعى عليه زيادة وهو منكر لتلك الزيادة (والرابع) الصرف فانهما
 لو تصارفا دينارا بعشرة دراهم وتقابضا وهلك البدل لان جميعا ثم تقايلا ثم هلك البدل لان
 قبل التراد جازت الاقالة لان المعقود عليه ما استوجب كل واحد منهما في ذمة صاحبه
 ألا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء رد مثله فلا
 يكون هلاك المقبوض مانعا من الاقالة هذا هو الصحيح في تخريج هذه المسائل وقع في الاصل
 تشويش وتقديم وتأخير وألفاظ مختلفة وذلك كله غلط من الكاتب وقد تكلف لتصحيحه
 بعض مشايخنا رحمهم الله فانه قال بعدم مسئلة القرض ألا ترى انه لو اشترى جارية بعبد وتقابضا
 فمات احدهما في يديه ثم تناقضا انه جائز ومعنى هذا الاستشهاد ان القرض وان كان في معنى
 البيع من حيث انه تملك الطعام بمثله فليس يبيع حقيقة فلا يشترط فيه من الكيل ما يشترط
 في المبيع كما ان الاقالة في حكم البيع ولكن ليس يبيع علي الحقيقة فيجوز بعد هلاك أحد
 العوضين وان كان لا يجوز ابتداء البيع فانه لو اشترى عبدا بقيمة جارية هالكة لا يجوز واليه
 أشار بقوله وليس هذا بمنزلة شراء الحى قبل أن يموت يعنى شراء الحى بقيمة الميت او شراء
 الحى بالحي اذا مات أحدهما قبل القبض ولكن هذا تكلف ولا يليق هذا اللفظ بفصاحة
 محمد رحمه الله فان شراء الحى يعلم انه يكون قبل ان يموت فعرفنا انه غلط من الكاتب ثم
 قال وكذلك السلم لان السلم يبيع يعنى أن الاقالة بعد هلاك رأس المال يجوز كما يجوز في بيع
 المقابضة الاقالة بعد هلاك أحدهما ثم قال ولا يشبه هذا الاثمان الدنانير بالدراهم يعنى ان في
 عقد الصرف تجوز الاقالة بعد هلاكهما بخلاف بيع المقابضة وفي بعض النسخ قال الدنانير
 والدراهم يعنى اذا اشترى عينا بنقد ثم تقايلا فهلك المعقود عليه بطلت الاقالة فان كان الثمن
 قائما وقد قررنا هذا الفرق قال (واذا أسلم الرجل الى رجل دراهم في كره حنطة فوجد فيها
 دراهم ستوقه فجاء يردّها فقال المسلم اليه هذا من نصف رأس المال وقد بطل نصف السلم وقال
 رب السلم بل هو ثلث رأس المال فالقول قول المسلم اليه) لان السوق ليست من جنس
 الدراهم فقد علمنا ان السلم لم يتم في جميع الكره وحاصل الاختلاف بينهما في قبض المسلم
 اليه مقدار حقه من رأس المال فرب السلم يدعى عليه أنه قبض ثلث حقه والمسلم اليه ينكر
 القبض فيما زاد على النصف فكان القول قول المنكر مع يمينه وعلي المدعى أن يثبت ما يدعيه

بالينة وإذا أسلم عشرة دراهم في كره حنطة فأقام رب السلم الينة أنهما تفرقا قبل قبض المسلم
 اليه رأس المال وأقام المسلم اليه الينة أنه قبض رأس المال قبل أن يفرقا فالسلم جائز ويؤخذ
 بينة المسلم اليه لأنها تثبت القبض في المجلس وينة رب السلم تنفي ذلك والينتان ترجح
 بالاثبات ولم يذكروا في الكتاب أنه لو لم يكن لهما بينة فالقول قول من يكون وأورد
 هذا في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله وقال على قول زفر القول قول من يدعى
 القبض منهما لأن العقد لا يتم الا بقبض رأس المال فكان اتفاقهما على العقد اتفاقا منهما
 على قبض رأس المال والذي ينكر القبض في حكم الراجع عن الأقرار وقد قررنا هذا
 المعنى في الاجل فكذلك في قبض رأس المال وعند أبي يوسف رحمه الله القول قول
 الذي في يده رأس المال لأن الآخر يدعى تملك ما في يده عليه وهو منكر والقول قول
 المنكر فإن كان رأس المال في يد رب السلم فظاهر لأن المسلم اليه يدعى أنه يملك ما في
 يده بالقبض وأنه غصبه منه بعد ذلك وإن كان في يد المسلم اليه فرب السلم يدعى أنه
 غصبه منه والمسلم اليه منكر لذلك فكان القول قول المنكر لذلك فلو كانت الدراهم في يد
 رب السلم باعياها فقال المسلم اليه أودعتها اياه أو غصبها بعد قبضى لها وقد قامت الينة بالقبض
 فكان القول قوله ويقضي له بالدراهم لأنه لما أثبت قبضه بالينة فقد تم ملكه فيها ثم ظهرت
 في يد غيره بعد ذلك فيؤمر بردها عليه سواء زعم أن وصولها الى يده بالوديعة أو بالنصب
 ولو أسلم فلوسا في طعام يجوز لأن هذا عددي متقارب يصلح أو يكون ثمننا في باب البيع
 فيصلح أن يكون رأس المال في باب السلم ولا يجوز في الصفه رجل باع عبدا أو ثوبا بشيء مما
 يكال أو يوزن ثم تفرقا قبل أن يقبض المشتري ما اشترى فالبيع جائز لأنهما تفرقا عن عين بدين
 وذلك جائز في البيع كما لو اشترى شيئا ثمن موجد وقبض المشتري وتفرقا أو تفرقا قبل قبض
 المشتري وقد بينا أن القياس في السلم هكذا ولكننا تركنا القياس هناك لمقتضى اسم السلم واليه
 أشار في الفرق فقال لو باعه ثوبا بحنطة وسمى الكيل ولم يجعل له أجلا كان جائزا ولو أسلم
 هذا الثوب في كره حنطة موصوفة ولم يجعل له أجلا كان فاسدا ومعنى هذا الاستشهاد أن
 التأجيل في السلم في المسلم فيه جعل شرطاً لتحقيق معنى الاسم فكذلك التأجيل في رأس المال
 مقتضى الاسم بخلاف البيع وقد بينا أن جواز أخذ الرهن بالمسلم فيه وإن بهلاك الرهن يصير
 المرتهن مستوفيا حقه من مالية الراهن إذا كان فيه وفاء بحقه فسقط حق رب السلم عن المطالبة

بعد هلاك الرهن في يده وقد بينا أيضاً جواز التوكيل بدفع رأس المال وان القبض من الوكيل في مجلس العقد بمنزلة القبض من الموكل ويستوى ان كان الوكيل شريكاً لرب السلم أو أجنبياً لان أدائه قام مقام أداء الموكل بحكم الوكالة اذا قبض المسلم اليه حتى لو تبرع أجنبي بأداء رأس المال وقبضه المسلم اليه قبل أن يفارق رب السلم كان جائزاً وان كان بالمسلم كفيل فاستوفى الكفيل السلم من المسلم اليه على وجه الاقتضاء ثم باعه وربح فيه فذلك حلال له اذا قضي رب السلم طعاماً مثله لان عقد الكفالة كما يوجب لرب السلم على الكفيل يوجب للكفيل على المسلم اليه الا أن مال الكفيل على المسلم اليه مؤجل الى وقت ادائه الطعام الى رب السلم فاذا استوفى قبل الاجل فقد استعجل ديناً له مؤجلاً والمقبوض بهذا السبب يملك ملكاً صحيحاً فانما تصرف وربح في ملك حلال له فهذا طاب له الربح ولا خلاف في هذا اذا تقرر ملكه بأداء طعام السلم وانما الخلاف فيما اذا كان المسلم اليه هو الذي قضى رب السلم طعام السلم فانه يرجع على الكفيل بطعام مثل ما دفع اليه لانه انما أعطاه في ذلك ليستقط دين رب السلم عنه بأدائه ولم يفعل ذلك فكان له أن يرجع عليه بما أدى ثم قال في هذا الكتاب فارجح يطيب للكفيل وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما حكاها عنهما في الجامع الصغير وذكر عن أبي حنيفة انه قال أحب الى ان يرد على الذي قضاؤه ولا أجبره عليه في القضاء وفي كتاب الكفالة قال له أن يتصدق بالفضل ووجه تلك الرواية ان المسلم اليه انما رضي بقبضه ويملكه بشرط أن يؤدي عنه طعام السلم فاذا لم يفعل لم يتم رضاه وصار هذا كالمقبوض بغير اذنه فانما حصل له الربح فيه بسبب خيئ شرعاً والسبيل في الكسب الخيئ التصديق ووجه رواية الجامع الصغير ان معنى الخيئ ليس في معنى السبب بل خلل في رضي المسلم اليه فاذا رده عليه مع الربح انعدم الخيئ فكان هذا أولى الوجهين ولكن لا يجوز عليه في القضاء لان المتصرف انما ربح على ملك نصيبه ووجه رواية هذا الكتاب ان المقبوض كان مملوكاً له ملكاً صحيحاً وكان التصرف فيه مطلقاً له شرعاً فالربح الحاصل به يكون حلالاً ألا ترى انه لو أدى طعام السلم كان الربح طيباً له فاذا لم يؤدي فانما يثبت حق الرجوع للمسلم اليه على الكفيل يكن في ذمته وبان لحقه دين لا يتمكن فيه خيئ فيما حصل له من الكسب كما اذا وجب عليه دين آخر بسبب آخر هذا اذا قبضه الكفيل على وجه الاقتضاء فاما اذا قبضه على وجه الرسالة بأن يسلم اليه المسلم اليه طعام السلم ليكون رسوله في تبليغه الى رب السلم فتصرف فيه وربح فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة

ومحمد رحمهما الله ويطيب له في قول أبي يوسف لأنه أمين فيما قبضه علي وجه الرسالة
 كالمودع وقد بينا الخلاف في المودع اذا تصرف في الوديعة وربح في كتاب الوديعة وان
 قضي الكفيل السلم من مال قبل ان يقبضه من المكفول عنه ثم صالح المكفول عنه علي
 دراهم أو غير ذلك مما يكال أو يوزن أو علي عروض أو حيوان فهو جائز ولا يكون
 استبدالاً لأن الكفيل هنا مقرض معناه أن ما يرجع به الكفيل علي المسلم اليه لا يكون مسلماً
 فيه لان المسلم فيه ما يجب بعقد السلم ووجوب هذا بعقد الكفالة ثم الكفالة توجب طلع
 السلم علي الكفيل لا للكفيل فعرّفنا أنه دين آخر بمنزلة سائر الديون فلم يكن استبدالاً
 ولأنه يصير كالمقرض لما أدى من المسلم اليه وان لم يكن قرضاً علي الحقيقة حتى لو أجل المكفول
 عنه فيه لزمه الاجل والاجل في بدل القرض لا يلزم فعرّفنا أن مراده أنه دين آخر سوى
 السلم فيجوز الاستبدال به قبل القبض وان أكفل رجل لرب السلم برأس ماله قبل أن يترادا
 فالكفالة باطلة لان الكفالة بما هو واجب في ذمة الاصيل وقيل الاقالة الواجب في ذمة
 الاصيل لرب السلم المسلم فيه لأرأس المال وانما كفل بما ليس بواجب له ولم يضاف الكفالة
 الي سبب الوجوب فكان باطلاً بخلاف ما لو قال اذا تقايما العقد فأنا كفيل برأس المال لك
 ولان رأس المال قبل الاقالة حق المسلم اليه فانما كفل عنه بما هو حقه وذلك ليس من موضوع
 الكفالة في شيء . قال (واذا أسلم الرجل في بعض الأدهان الربى بالنفسج والزئبق والحناء
 وغيره يجوز لانه موزون مضبوط بالوصف مقدور التسليم من أصحابنا رحمهم الله من قال
 هذا يجوز في الدهن الصافي أما الربى بالنفسج وغيره فلا لان الربى يختلف باختلاف ما يرى
 به من الادوية والرياحين والصحيح أنه يجوز لانه يمكن اعلامه باعلام قدر ما يؤدي به . قال
 (وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون يريد به الادهان ونحوها لان الرطل انما يعدل
 بالوزن الا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالامناء والسنجات في كل وقت لانه لا يتمسك الا
 في وعاء وفي وزن كل وعاء نوع خرج فاتخذ الرطل لذلك تيسيراً فعرّفنا أن ما يقع عليه كيل
 الرطل فهو موزون فيجوز السلم فيه بذكر الوزن واذا أسلم النصراني الي النصراني في خمر
 بكيل معلوم فهو جائز وهذا عندنا بناء علي الاصل الذي بينا في كتاب الفصب أن الخمر مال
 متقوم في حقهم بمنزلة الخل والعصير في حقنا فيجوز السلم فيما بينهم بذكر الكيل والوزن
 وان أسلم أحدهما قبل قبض خمر السلم بطل السلم ورد المسلم اليه رأس المال لان الاسلام

وجد الخمر مملوكة بالعقد غير مقبوضة فيجمل وجود اسلام أحدهما عند القبض كوجوده
 عند العقد وهذا لان قبض المسلم فيه قبض تملك فانه بعقد السلم ملك المسلم فيه ديناً وانما
 يتعين ملكه بالقبض فان كان رب السلم هو الذي أسلم فالمسلم لا يملك الخمر بحكم عقده
 فان كان المسلم اليه هو الذي أسلم فليس له أن يملك الخمر من غيره بعقد فعلنا أنه تحقق
 فوات قبض المسلم فيه وذلك مبطل للعقد فان المسلم فيه مبيع ومتى تحقق فوات قبض
 المبيع بطل البيع كما اذا تحقق ذلك بالهلاك في بيع العين وان كان قبض بعضه بطل مابقي وجاز
 ما قبض لان ملكه تم في المقبوض فباسلامه بعد ذلك لا يبطل ولكن اسلامه يمنع من
 قبض مابقي فيبطل العقد فيه لفوات القبض وهذا لان السبب الطارئ يلاقى المنتهى بالعفو
 عنه والقائم بالرد قال الله تعالى (وذرُوا مابقي من الربا ان كنتم مؤمنين) فنزول حكم الربا
 انما لزمهم ترك ما لم يقبضوا لا رد ما قبضوا منه فهذا مثله ثم النصراني والمسلم في حكم
 السلم سواء ما خلى الخمر حتى لا يجوز السلم بينهم في المنقطع لان فساد ذلك فيما بين المسلمين
 لعجز العاقد عن تسليم المعقود عليه وهم في ذلك كالمسلمين والسلم بينهم في الخنزير لا يجوز
 بمنزلة السلم في الشاة بين المسلمين لان امتناع جواز السلم في الحيوان لمعنى الجهالة وهم
 يستوون في ذلك بالمسلمين واذا أسلم في طعام جيد من طعام العراق أو الشام فهو جائز
 بخلاف ما لو أسلم في طعام قرية أو قراح بعينه لان ذلك يتوهم انقطاعه بأفة فاما طعام ولاية
 كالعراق والشام لا يتوهم انقطاعه عرفاً بأفة فانما أسلم فيما هو مقدور التسليم وقت وجوب
 التسليم ولا بأس بالسلم في الصوف وزنا لانه موزون معلوم في نفسه وان اشترى كذا جزء
 بغير وزن لم يحز للجهالة لان مقدار الصوف في كل جزء غير معلوم وذلك يتفاوت على وجه
 يفضى الى المنازعة بينهما وان أسلم في صوف غنم بعينها لم يحز لان ذلك يتوهم انقطاعه بالهلاك
 ولان تعين محل المسلم فيه كتعين المسلم فيه ولانه لو باع الصوف الذي على ظهر الشاة بعينه
 لا يجوز فكذلك اذا أسلم فيه وكذلك ألبانها وسمونها لما بيننا ولان هذه الاعيان مادامت
 متصلة بالحيوان فهي وصف للحيوان ولا تثبت فيها المالمية مقصودا الا بعد الانفصال فلا تكون
 قابلة للعقد مقصوداً وكذلك ان أسلم في سمن حديث أو زيت حديث في غير حينه
 وجعل أجله في حينه فلا خير فيه لانه منقطع في الحال من أيدي الناس وكذلك لا خير في
 السلم في الحنطة الحديثة لانها اليوم منقطعة عن أيدي الناس ولا يدري أيكون في تلك السنة أم

لا فلا يكون مقدور التسليم له وبدون قدرة التسليم لا يجوز العقد . قال (واذا أسلم في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع من أيدي الناس فلا خير فيه) كما لو أسلم في طعام قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وإنما مراده قرية من العراق تسمى هراة وتلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة فاما هراة خراسان لا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم في طعام العراق سواء ثم . قال (وان أسلم في ثوب هروى فلا بأس به) من أصحابنا رحمهم الله من يقول لان الثوب الهروى لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام فالمراد قد يستأصل طعام هراة ولا يستأصل حركة هراة وهذا ضعيف قالوا قد يستأصل حركة هراة أيضا ولكن المعنى الصحيح في الفرق أن نسبة الثوب الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعين المكان فان الثوب الهروى ما ينسج على صفة معلومة فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو بغير هراة يسمى هروياً بمنزلة الزنديجي والوداري والي هذا أشار في الكتاب فقال الثوب الهروى من الثياب بمنزلة الحنطة من الحبوب يعني بهذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما تنبت بأرض هراة حتى أن النابت في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيناً منه للمكان ولذلك يتوهم انقطاعه وقال مشائخنا رحمهم الله ان نسب الطعام الى موضع يعلم أن مراده بذلك بيان الصفة فذلك لا يفسد السلم كالحمراني سحاري فانه يذكر ذلك لبيان صفة جودة الحنطة فلا يختص به ما ثبت في تلك القرية فكانه قال في حنطة جيدة ووقع في الاصل والثوب الهروى لا يصنع بغير تلك البلاد وهو غلط بل الصحيح أن الثوب الهروى يصنع في غير تلك البلاد وعلى ما بينا أنه اسم للمنسوج بصفة فيسمى به وان نسج في غير هراة . قال (ولا بأس بالسلم في البوارى والحصير اذا وصف الطول والعرض والصفة) لانه مذروع معلوم كالثياب فالحصير ما يتخذ من البردى والحشيش والبوريا ما يتخذ من القصب ولا بأس بالسلم في نصل السيف اذا كان معلوم الطول والعرض والصفة لان ذلك لا يتفاوت في المالة بعد بيان نوع الحديد الاشياء يسيراً وذلك غير معتبر كما في الثياب والجيد من الطعام ولا خير في السلم في الطلع وهو اسم لاول ما يبدو من النخيل قيل هو شيء أحمر مثل لسان البقر يبدو من النخل ثم يخرج التمر منه وقد يقطع ذلك فيؤكل كما هو أو يطبخ منه المرقة لمخوضه فيه وهو عددى متفاوت يختلف فيه الصغير والكبير وتتفاوت آحاده في المالة فلا يجوز السلم فيه كذلك . قال (ولا يجوز للشريكين قسمة السلم وغيره من الديون قبل القبض لان القسمة للحيازة وذلك

بأن يجعل كل واحد منهما نصيبه في حيزه وفي الدين لا يتحقق ذلك ثم القسمة لتوفير المنفعة على كل واحد منهما في نصيبه وقطع الانتفاع عن نصيبه وذلك لا يتحقق في الدين قبل القبض فاذا كان الشرط في عقد السلم أن يوفيه في مكان كذا فقال المسلم اليه خذه في مكان آخر وخذ مني الكرا الى ذلك المكان فقبضه كان قبضه جائزاً لانه أخذ حقه ولا يجوز أخذ الكرا لانه يملك المقبوض بقبضه وانما يحمل ملك نفسه والانسان في حمل ملك نفسه لا يستوجب الاجر على الغير وانما يستوجب الاجر على الغير بعمل يعمل للغير لان نفسه فعليه رد ما أخذ من الكرا وهو بالخيار ان شاء رضي بقبضه وان شاء يرده حتى يوفيه في المكان الذي شرط لانه انما رضي بقبضه في غير ذلك المكان بشرط أن يسلم له الكرا فاذا لم يسلم لا يكون راضياً به وبدون رضاه لا يسقط ما كان مستحقاً له وهو المطالبة بالايفاء في المكان المشروط فان هلك المقبوض في يده فلا شيء له لانه تم قبضه للمسلم فيه وانما كان الباقي له مجرد خيار وقد سقط ذلك بهلاك المقبوض في يده والخيار ليس بمال فلا يستوجب حق الرجوع بشيء عند سقوط خياره قال (ولاخير في أن يسلم العروض في تراب المعدن ولا في تراب الصواغين) لان عين التراب غير مقصود بل مافيه من الذهب والفضة وقد بينا أن السلم في الذهب والفضة لا يجوز ولان بذكر وزن التراب لا يصير ما هو المقصود معلوماً وقد يخلو بعض التراب منه وقد يقل فيه وقد يكثر فعرفنا أنما هو المقصود مجهول جهالة لا تقبل الا علام فكان العقد باطلاً لذلك ولا بأس بأن يسلم الحنطة وما أشبهها فيما يوزن أو يكال بالرطل لما بينا أن ما يكال بالرطل فهو موزون واسلام المكيال في موزون هو مبيع جائز لانه لا يجتمع في البدلين أحد الوصفين وهو الجنسية والقدر الواحد واذا اختلف النوعان مما يكال فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولاخير فيه نسيئة وكذلك الموزونات وقد بينا هذه الفصول في أول الكتاب ولا بأس بالنفسج بالحناء والزئبق والورد رطلين برطل فان الادهان أجناس مختلفة عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه ما اتحد أصله منها جنس واحد وفيما اختلف أصله له قولان لان الاسم والهبة واحد وانما اختلف فيها الرائحة وباختلاف الرائحة لا يختلف الجنس كالمتن من اللحم مع غير المتن ولكننا نقول بما حل بكل واحد منهما من الصفة اختلف الاصل والمقصود ومنع عود كل واحد منهما الى مثل حال صاحبه فيختلف الجنس كالثياب والوداري مع الزنديجي جنسان مع اتحاد الاصل لاختلاف المقصود وعلى

هذا الزبد مع السمن وكذلك الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربي بالبنفسج مع غير المربي يجوز بيع رطل من المطبوخ والمربي برطلين من غير المطبوخ وغير المربي لأن تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها فكانه باع رطلا من زيت وبقوله برطلين من زيت فيكون المثل بالمثل والباقي بازاء الزيادة وعن أبي يوسف رحمه الله قال هذا اذا كان المطبوخ ينتقص اذا ذهبت تلك الرائحة منه فان كان لا ينتقص فقد عرفنا أنه ليس بزيادة في العين فلا يجوز بيعه بغير المطبوخ الا رطلا برطل بخلاف المربي بالبنفسج مع المربي بالياسمين فهناك كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال وهنا غير المطبوخ من الزيت يطبخ فيكون مثل المطبوخ فتعتبر المائلة باعتبار المال وعلى هذا الالبان فانها أجناس عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه السكك جنس واحد لبن الابل والبقر والغنم لا اتفاق الاسم والهيئة وتقارب المقصود ولكننا نقول أصولها أجناس واللبن يتولد من العين كالولد فكان اختلاف جنس الاصل دليلا على اختلاف أجناسها ولا تقارب في المقصود أيضاً فان مقصود المسلي يحصل بلبن البقر دون لبن الابل حتى أن ما يكون أصله جنسا واحداً كالبقرة مع الجواميس والعراب مع البخافي والمعز مع الضأن فليكنها جنس واحد ودليل اتحاد جنس الاصل تكميل نصاب البعض ببعض في باب الزكاة وكذلك اللحوم أجناس مختلفة عندنا وللشافعي قولان في أحد القولين يقول كذلك لاختلاف الهيئة هنا ألا ترى أنه يمكن تمييز البعض عن البعض برؤية الاعيان بخلاف الادهان والالبان وفي القول الآخر يقول السكك جنس واحد لاتفاق اسم العين وهو اللحم وتقارب المقصود منها فان كلها يصلح لما هو المقصود وهو اتخاذ المرقة منها وعندنا هي أجناس لان أصولها أجناس حتى لا يضم البعض الى البعض في حكم الزكاة وكذلك الاسامي مختلفة لاختلاف الاضافة كدقيق الخنطة مع دقيق الشعير والثوب المروى مع المروى وكذا لحم البقر والغنم والمقصود مختلف أيضاً فبعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض فربما ينفعه البعض ويضره البعض ولا تفاوت في المقصود أبلغ من هذا ولكن مع اختلاف الجنس هي موزونة كلها فكذلك لا يجوز بيع البعض ببعض نسيئة ويجوز متفاضلاً يداً بيد لانعدام أحد الوصفين . قال (ولا خير في الخنطة بالدقيق متساوياً ولا متفاضلاً) لان من الخنطة والدقيق شبهة المجانسة فان عمل الطحن في الصورة هو تفريق الاجزاء وان كان في الحكم الدقيق غير الخنطة ويجعل الدقيق حاصلًا بالطحن ولهذا كان للغاصب اذا

طحن الخنطة الا ان الربا مبني على الاحتياط فالشبهة فيه تعمل على الحقيقة وعند وجود
 حقيقة المجانسة لا يجوز بيع البعض ببعض الا متساويا فكذلك اذا وجبت شبهة المجانسة ولا
 يعرف التساوي في الكيل بين الدقيق والخنطة فالدقيق لا يصير خنطة قط ولكن الخنطة
 تطحن ولا يدري أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا فاذا كان بالتساوي في المعيار في
 الحال لا يعلم التساوي بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع احدهما بالآخر وكذلك بيع الخنطة بالنخالة
 والنخالة أجزاء الخنطة كالدقيق الا أنه جزء خشن والدقيق جزء لين فاما بيع الدقيق بالدقيق
 عندنا كيلا بكيل يجوز وعند الشافعي لا يجوز لان الدقيق لا يعتدل في الدخول في الكيل
 فانه ينكس بالكبس والكيل عنده لا يكون معياراً شرعاً الا فيما يعتدل في الكيل ولهذا قال
 ولا يجوز بيع الباقلاء والرطب بالرطب والمطعموم بالمطعموم اذا قوبل بجنسه فشرط جواز البيع
 عنده التساوي في المعيار الشرعي وذلك لا يوجد فيما لا يعتدل بالكيل ولكننا نقول الكيل
 فيما هو مكيل معيار شرعي والدقيق مكيل ومعرفة كونه مكيلا بالرجوع الى عرف الناس
 وهم يكيلون الدقيق كالخنطة ويجوز السلم في الدقيق كيلا كما يجوز في الخنطة فكان الكيل
 فيه معياراً شرعياً وما يتوهم فيه من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الخنطة
 أيضاً ثم يسقط اعتباره ووجب بناء الحكم على الوسط من ذلك فكذلك الدقيق ولا يجوز
 بيع السويق بالدقيق في قول أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما
 الله تعالى يجوز البيع تساويا أو تفاضلا بعد أن يكون يداً بيد لانهما جنسان مختلفان فان
 الاسم مختلف والمقصود مختلف لانه يقصد بالدقيق اتحاد الخبز والعصايد والاطولة منه ولا
 يحصل شيء من ذلك بالسويق انما يلبت بالسمن والعسل فيؤكل كذلك أو يضرب بالماء فيشرب
 فكان التفاوت بينهما في المقصود أظهر من التفاوت في المروى والمروى من الثياب وكذلك
 كل واحد منهما لا يصير مثل صاحبه بحال فالسويق لا يصير دقيقاً والدقيق لا يصير سويقاً
 بحال واختلاف الجنس يعرف بهذا ثم اتحاد الاصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه
 المعاني كالادهان وعن أبي يوسف انه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير
 سويقاً بأن يرش عليه الماء ثم يقل فيصير سويقاً وبغداد يتخذ السويق بهذه الصفة فتعتبر
 المساواة بينهما لجواز العقد باعتبار المال ولا في حنيفة طريقتان (أحدهما) أن السويق أجزاء الخنطة
 المقلية والدقيق أجزاء خنطة غير مقلية وبيع الخنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحال فكذلك

بيع السويق بالدقيق وتحقيق هذا أنهما إنما جعلتا جنسا واحداً قبل الطحن فعرّفنا أنهما جنس واحد بعد الطحن لأن الطحن فيهما عمل بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس وإذا كان جنسا واحداً تعتبر المائئة على الوجه الذي صار مال الربا وهو قبل القلي والطحن وبتساويهما كيلا في الحال لا تظهر تلك المائئة فلا يجوز العقد والطريق الآخر أن يبيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق وربما الفضل لا يثبت إلا باعتبار المجانسة ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورة فعرّفنا أن المجانسة باعتبار ما في الضمن والذي في ضمن الحنطة دقيق فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن كما تثبت المجانسة بين السويق والحنطة باعتبار ما في الضمن قبل الطحن يوضحه أن يبيع الحنطة بالدقيق ربا ويبيع الحنطة بالسويق ربا ومن ضرورة كون كل واحد منهما جنسا للحنطة أن يكون أحدهما جنسا للآخر وإنما اختلف الاسم للصنعة لا اسم العين فكل واحد منهما أجزاء متفرقة فيما كان له لت الحنطة قبل التفريق وليس فيه أكثر من أنه فات بعض المقاصد في السويق وبه لا يختلف الجنس كالحنطة المقلوبة بغير المقلوبة والعلكة مع الرخوة والتي أكلها السوس فلها لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والسكشك منها ولا يوجب ذلك اختلاف الجنس فكذلك الدقيق مع السويق ولا خير في الزيت بالزيتون إلا أن يعلم أن ما في الزيتون أقل فحينئذ يجوز والأصل في جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشيئين تكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن أخرى فحيث وجدت المجانسة عينا لا تعتبر في الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز حنطة أكلها السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق تعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة وإن كان ذلك شيئاً آخر حكماً ثم لا مجانسة بين الزيت والزيتون صورة فأنما تعتبر المجانسة بما في الضمن وهو الزيت الذي في الزيتون ويبيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه إن علم أما ما في الزيتون من الزيت أكثر من المنفصل فقد يتحقق الفضل الخالي عن العوض فلا يجوز البيع وكذلك إن علم أنه مثله لأن تفل الزيتون يكون فضلاً خالياً عن العوض وإن كان لا يعلم كيف هو لا يجوز العقد عندنا وقال زفر يجوز لأن الأصل في متابلة مال بمال متقوم جواز العقد وإنما الفساد بوجود الفضل الخالي عن العوض فلم يعلم به لا يفسد البيع وعندنا الفضل الذي هو يتوهم الوجود كالتحقق في باب الربا احتياطاً لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الربا والريبة والريبة شبهة الربا وقال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة

الحرام فاذا لم تعلم المساواة جعل ذلك لتحقيق الفضل احتياطا فيفسد العقد وان علم ان ما في الزيتون من الزيت اقل من المنفصل فالبيع جائز لان المثل يصير بازاء المثل والباقي من الزيت بازاء التفل فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة بهذا الطريق وكذلك دهن السمسم بالسمسم والعصير بالغنبل واللبن بالسمن والرطب بالدبس ولا خير في شيء من ذلك نسيئة لوجود الجنسية بينهما باعتبار ما في الضمن ولا بأس بخل الخمر بخل السكر متفاضلا يدا بيد لانهما جنسان فانا اصلهما جنسان لان السكر ماء التمر والخمر بالغنبل وكما ان الغنبل مع التمر جنسان فكذلك الخمر المتخذ منهما فيجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ولا خير في ذلك نسيئة لانه جمعهما قدر واحد وهو السكيل والوزن وان اشترى شاة بصوف وعلى ظهرها صوف أو شاة في ضرعها لبن بلبن فان ذلك لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهو ان اللبن المنفصل أكثر مما في الضرع وان الصوف المجزوز أكثر مما على ظهر الشاة وذكر الطحاوي ان هذا على الخلاف وجعله نظير بيع لحم الشاة بالشاة فان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى يجوز بيع لحم الشاة بالشاة الحية على كل حال وعند محمد لا يجوز الا بطريق الاعتبار وهو أن يعلم ان اللحم المنفصل أكثر من اللحم الذي في الشاة فيكون المثل بالمثل والباقي بازاء المسقط وهو القياس لان المجانسة بين الشاة واللحم ثابتة باعتبار ما في الضمن فلا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار كما في الفصول المتقدمة وبيان ذلك أن اللحم موجود في الشاة وهو المقصود وبه تختلف المالمية ألا ترى أن الشاة في الغنيمة من جملة الطعام يباح لكل واحد من الغنمين تناوله وذلك باعتبار ما فيه من اللحم بل وجود اللحم في الشاة آيين وأظهر من وجود الدهن في السمسم فان ذلك حادث بالعصير حكما ولهذا كان ملكا للغاصب واللحم لا يحدث بالذبح ولهذا لو غصب شاة فذبحها لم يكن اللحم له والذبح نقصان محض بمنزلة القطع في الثوب فلا يحدث به اللحم وهو ازهاق الحياة فيفوت به معنى النسل بمنزلة القتل في الحنطة يفوت ما كانت الحنطة باعتباره مثبتة واذا ثبت أن اللحم موجود قبل الذبح لا يجوز البيع الا بطريق الاعتبار وجه قولها أنه باع عدويا متفاوتا بوزني فيجوز كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وبيان الوصف ان الحيوان عددي متفاوت ولهذا لا يجوز السلم فيها ويجوز بيع الشاة بالشاتين وتأثيره أن المجانسة باعتبار ما في الضمن انما تطلب اذا كان كل واحد من البديلين مقدرا فاما اذا لم يكن أحدهما مقدرا لا يشتغل بطلب المجانسة

بينهما وبهذا يقع الفرق بين هذا وبين ما تقدم من الفصول ولكن بهذا التقرير لا يتضح الفرق في جميع الفصول فان بيع دهن الجوز بالجوز لا يجوز الا بطريق الاعتبار والجوز ليس بمقدر ولهذا يجوز بيع جوزه بجوزتين ولكن نقول اللحم في شراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود منه الدر والنسل والاسامة ليزداد عينها بالسمن فأما اللحم آخر المقاصد من الحيوان وانما تعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصوداً والدليل عليه أن المالمية في الحيوان لا تختلف باختلاف اللحم فقد نرى فرسين أو نجييين يتساويان في اللحم ويتفاوتان في القيمة تفاوتاً فاحشاً والبيع مبادلة مال بمال فاذا كانت مالمية الحيوان لا تعرف بمقدار اللحم لا يعتبر ذلك في البيع قبل الذبح بخلاف جميع ما تقدم فالمالمية هنا تختلف باختلاف مقدار الدقيق في الحنطة والدهن في السمس والجوز ونحو ذلك نوضحه ان اللحم في الحيوان وان كان موجوداً حقيقة فهو كالمعدوم حكماً حتى لو أخذ بضعة من لحم الحيوان لا يباح تناولها عرفنا أن مقصود اللحم حاصل بالذبح حكماً فلا يعتبر قبله وعلى هذا الحرف نقول في مسألة الصوف واللين الجواب قولهم جميعاً فإنه مال موجود قبل الفصل ألا ترى أنه مفصل من الحيوان فيجوز الانتفاع به وهذا لأنه لا حياة في الصوف واللين فكان الحال فيهما قبل الذبح وبعد الذبح سواء وعلى الطريق الاول هو على الخلاف كما ذكره الطحاوي لان مالمية الشاة لا تعرف بما على ظهرها من الصوف ولا بما في ضرعها من اللبن كما لا تعرف مالمية الحيوان بمقدار اللحم فان باع لحم شاة بالبقر والابل جاز عندنا وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلاً لحدث سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان وروى أن جزوراً نحر على عهد أبي بكر رضي الله تعالى عنه فجاء رجل بعناق وقال اعطوني بهذا العناق قطعة من هذا اللحم فقال أبو بكر رضي الله عنه هذا لا يصلح ولكننا نقول هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحدهما بالآخر كيف ما كان يداً بيد كما يجوز بيع الشاة بالبقر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد والمراد بالنهي عن بيع الحيوان اذا كان أحدهما نسيئة فقد ذكر ذلك في بعض الروايات وبه نقول فان السلم في كل واحد منهما لا يجوز عند أبي حنيفة وتأويل حديث أبي بكر رضي الله عنه أن ذلك البعير كان من ابل الصدقة فكره أبو بكر رضي الله عنه بيع لحمه لانه انما نحر ليتصدق به على الفقراء فلماذا قال

لا يصلح واذا أسلم الرجل حنطة في شعير وزيت كان باطلا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله تعالى يجوز في حصة الزيت لأن الفساد بوجود العلة المفسدة وذلك في
الشعير خاصة فإن صحة الكيل لما جمع البديلين حرم النساء وفي حصة الزيت لم يوجد ذلك فإن
اسلام المكيل في الموزون صحيح وثبت الحكم بحسب العلة وليس من ضرورة فساد العقد
في أحدهما فساد العقد في الآخر كما لو باع عبداً ومدبراً وكما لو باع عبيدين فهلك أحدهما قبل
القبض لا يفسد العقد في الآخر وأبو حنيفة يقول العلة المفسدة للعقد وجدت في الكل أما
في حصة الشعير فظاهر وفي حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير شرطاً في قبول
العقد في الزيت لأن من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فإنه يكون شرطاً عليه قبول العقد
في كل واحد منهما ولهذا لو قبل العقد في أحدهما دون الآخر لا يجوز وهذا شرط فاسد
والسلم يفسد بالشرط الفاسد يوضحه أن فساد العقد في الشعير لا اشتراط الاجل واشتراط
الاجل في العقد والعقد واحد فإذا تمكن فيه الشرط الفاسد فسد العقد كله بخلاف بيع القن
والمدبر فالعقد في المدبر ليس بفساد ولهذا لو أجاز القاضي بيعه جاز ولكنه غير نافذ لحق
المدبر وذلك لمعنى فيه لا في العقد فلماذا لا يتعدى إلى الآخر وكذلك لو هلك أحد العبدین
فانفسد فوت القبض وذلك لمعنى في الهالك لا في العقد ونظائر هذه المسئلة تذكر في باب
البيوع الفاسد إن شاء الله تعالى وكذلك إن أسلم فوهبه في فوهية ومروية لأن الجنس يحرم
النساء كالكيل وبهذا يتبين أن الطريق ما قلنا دون ما يقوله بعض مشايخنا رحمهم الله لأبي
حنيفة إذا كان الفساد قوياً مجماً عليه ويمكن في البعض تعدى إلى ما بقي فإن فساد العقد بسبب
الجنسية غير مجمع عليه وقد سوى بين الفصيلين فعرّفنا أن الطريق ما قلنا قال (ولابأس
بأن يسلم الفلوس فيما يوزن لأن الفلوس عديدة متقاربة فيجوز اسلامها في كل مكيل أو موزون
إلا الصفر خاصة فإنه لا يجوز اسلام الفلوس فيه للجنسية فالفلوس صفران قيل إذا كانت
الفلوس صفراً والصفر موزون فينبغي أن لا يجوز اسلام الفلوس في الموزونات قلت الصفر
موزون في العرف لا بالنص ولا عرف فيه في الفلوس الرائجة ألا ترى أنها لا تتفاوت في
المالية بتفاوت الوزن وكذلك لو أسلم سيفاً في شيء مما يوزن كان جائزاً لأن السيف خرج
من أن يكون موزوناً عادة إلا في الحديد فإنه لا يجوز اسلام السيف في الحديد للمجانسة
وكذلك كل إناء خرج بالصنعة من الوزن فلا بأس بأن يسلمه في الموزونات إلا في نوعه ولا

بأش بأن يبيع إناء مصوغاً بأناء مصوغ من نوعه يدأ يسد وان كان أكثر منه في الوزن
 اذا كان ذلك الاناء لا يباع وزناً لانه عددي متفاوت كالتياب وهذا بخلاف أوانى الفضة
 والذهب فانه يجري فيها ربا الفضل وان كانت لا تباع وزناً في العادة لان صفة الوزن في
 الذهب والفضة منصوص عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة ولا يخرج من أن يكون موزوناً بالمادة
 والمادة لا تعارض النص فأما في الحديد والشبه وما أشبه ذلك صفة الوزن ثابتة في العرف
 فيخرج من أن يكون موزوناً بالصنعة وبالعرف وتعارف الناس ببيع المصوغ منه عددًا فأما
 بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً
 لا اصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة فيها ليكون أحد الفلسين فضلاً خالياً عن العوض
 مشروطاً في البيع وذلك هو الربا بعينه وان باع فلساً بعينه بفلس بغير أعيانهما لم يجز أيضاً
 لانه لو أجاز أمسك الفلوس المعين وطالبه بفلسين آخر أو أسلم اليه الفلوس المعين ثم قبض
 ذلك منه بعينه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيكون الفلوس الآخر فضلاً خالياً
 عن العوض وكذلك لو باع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه لا يجوز لانه لو جاز بقبض المشتري
 الفلسين ثم دفع اليه أحدهما فكان ما استوجب في ذمته فيبقى الآخر له بغير عوض فأما
 اذا باع فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما يجوز في قول أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة رحمه
 الله ولا يجوز في قول محمد رضي الله عنه وهذا ينبني على أن الفلوس لا تتعين بالتعيين مادامت
 رائجة عند محمد وعلى قولهما تتعين بالتعين اذا قوبلت بجنسها حتى لو هلك أحدهما قبل القبض
 بطل العقد عندهما ومحمد رحمه الله يقول الفلوس الرائجة ثمن والاثمان لا تتعين في العقود بالتعيين
 كالدرهم والدنانير ألا ترى أنها لو قوبلت بخلاف جنسها لم تتعين حتى لو اشترى بفلوس
 معينة شيئاً فهلك قبل التسليم لا يبطل العقد ولو اشترى بها جاز فكذلك اذا قوبلت
 بجنسها لان ما يتعين بالتعيين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالمكيلات والموزونات
 وما لا تتعين فالجنس وغير الجنس فيه سواء كالذهب والفضة وهما يقولان الفلوس عددي
 والعددي يتعين بالتعيين فيجوز بيع الواحد منه بالثنى كما لو باع جوزة بجوزتين بأعيانهما
 وتحقيقه أن صفة الثمنية في الفلوس ليست بصفة لازمة ولا هو ثابت باصل الخلقة بل بعارض
 اصطلاح الناس والمآخذ ان قصد تصحيح العقد ولا وجه لتصحيح العقد إلا بأن تتعين
 الفلوس وتخرج من أن تكون رائجة ثمناً في حقهما فيجعل كأنهما أعرضاً عن ذلك الاصطلاح

والدليل على أن معنى الثمنية في الفلوس بالاصطلاح أنه يصلح ثمن الخسيس من الأشياء دون النفيس وأنه يروج بعض الأشياء دون البعض ويروج في بعض المواضع دون البعض بخلاف الذهب والفضة فإن قيل تحت هذا الكلام فساد فإنه إذا خرج في حقهما من أن يكون ثمنًا كان هذا بيع قطعة صفر بقطعتين من صفر وذلك لا يجوز قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعدد فيهما في هذه المبيعة اعراضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما أعرض عن اعتبار صفة العدد فيها وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنًا في حقها خروجها من أن تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي وليس ثمن فهذا باتفاقهما يصير بهذه الصفة. قال (ولا بأس بأن يشتري شقة خز بشقة خز هي أكثر منها وزنا) لأنها لا توزن وإنما تدرع كسائر الثياب وبيع ما ليس بمكيل أو موزون بخمسه يداً يبدى يجوز كيف ما كان. قال (ولا بأس بالتمر بالرطب مثلاً بمثل وان كان الرطب ينقص إذا جف) وهذه مسائل (أحدها) بيع الرطب بالرطب كيلاً بكيل جائز عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز وكذلك الباقل وأعلل في كتابه فقال لأن بين الباقلتين فضاء ومتسعاً معناه أنه لا يعتدل في الدخول في الكيل حتى لا ينضم بعضه إلى بعض بل يتجافي ويتفاوت مقدار التجافي فيه فلا يكون الكيل فيه معياراً شرعياً والمخلص عن الربا يكون بالتساوي في المعيار الشرعي وقاس بيع الحنطة المقلية بغير المقلية فإن المقلية لا تعتدل في الدخول في الكيل لا تتفاخ يحدث فيها بالقل أو صخور فإنها إذا قلت رطبة انتفخت وإذا قلت يابسة ضمرت وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل والتمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين ينعد عليها صورتها إلى أن تدرك فكان الرطب تمرًا والدليل عليه قول القائل

وما العيش إلا نومة وشرق وتمر على رؤس النخيل وماء

والمراد الرطب والمعنى فيه أن الرطب أمثال متساوية بدليل ثبوت حكم الربا فيها وقد بينا أن حكم الربا لا يثبت في المال ما لم يصير أمثالا متساوية وإنما صارت أمثالا متساوية بصفة الكيل فكان الكيل فيها عياراً شرعياً والاصل أنه يراعى وجود المساواة بين المثليين على الوجه الذي صار مال الربا كما في الحنطة وغيرها وبه فارق المقلوة فإن الحنطة لا تخلق كذلك بل تكون في الاصل غير مقلوة وتصير مال الربا بتلك الصفة فتراعى تلك المائلة وبعد القلي لا تعرف تلك المائلة وإن تساوى في الكيل فهذا لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية ولا بالمقلية فإن قيل

هذا فاسد فقد جوزتم بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة كيلا بكيل والرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي (قلنا) الحنطة في الاصل تخلق رطبة ويكون مال الربا على هذه الصفة فاذا بليت بالماء عادت الى تلك الصفة فاذا وجدت المائلة على الوجه الذي صارت مال الربا جاز العقد وهي لا تخلق في الاصل مقلوقة حتى يكون هذا إعادة الى تلك الصفة فيها فأما بيع الرطب بالتمر كيلا بكيل يجوز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهما الله لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وسلم أينقص اذا جف قالوا نعم فقال عليه الصلاة والسلام فلا اذا وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الرطب بالتمر كيلا وعن بيع العنب بالزبيب كيلا ثم في قوله عليه السلام أينقص اذا جف اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المائلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف ولا يعرف ذلك بالمساواة في الكيل في الحال فهذا الحديث دليل الشافعي رضي الله عنه أيضا في المسئلة الاولى من هذا الوجه واعتبار المائلة في أعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن ولان العقد جمع بين البديلين أحدهما على هيئة الادخار والاخر ليس على هيئة الادخار ولا يتماثلان عند التساوي في الصفة فلا يجوز بيع المقلية بغير المقلية وهذا بخلاف الجودة والرداءة فالرداءة من نوع العيب والرطوبة في الرطب ليس بعيب فان العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة فأما ما لا يخلو عن أصل الفطرة السليمة لا يكون عيبا كالصغير في الآدمي وانعدام العقل بسببه وهذا بخلاف الحديث مع العتق وكل واحد من البديلين هناك على هيئة الادخار ثم الحديث اذا عتق لا يظهر فيه التفاوت الا شيء يسير لا يمكن التحرز عنه وذلك عفو كالتراب في الحنطة ودخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسئلة وكانوا أشد يداً عليه لمخالفته اخبر فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرأ أوليس بتمر فان كان تمرأ جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن تمرأ جاز لقوله صلى الله عليه وسلم واذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم فأورد عليه حديث سعد رضي الله تعالى عنه فقال مدار هذا الحديث على زيد بن أبي عياش وزيد بن أبي عياش لا يقبل حديثه واستحسن منه أهل الحديث هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف يقال أبو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن أبي عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا الكلام في المناظرة يحسن لدفع شغب

الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا لجواز أن يكون هنا كما في المقلية بغير المقلية ولكن
الحجة لا في حنيفة الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثل بمثل يد بيد كيل بكيل
وقد بينا أن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخيل حين تنعقد صورتها إلى أن تدرك وما يتردد
عليها من الأوصاف باعتبار الأحوال لا يوجب تبدل اسم العين كالأدمى يكون صبياً ثم شاباً
ثم كهلاً ثم شيخاً فإذا ثبت أن الكل تمر يراعى وجود المائلة حالة العقد على الصفة التي دخلت
في العقد لأن اعتبار المائلة سبب المقابلة وذلك يكون عند العقد وما كان اعتبار المساواة
الأنظير الأجود فكما لا يعتبر التفاوت في ذلك فكذلك في هذا وقد تحققت المساواة
بينهما في الكيل في الحال لأن الرطوبة التي في الرطب مقصودة وهي شاغلة للكيل فلا يظهر
التفاوت إلا بعد ذهابها بالجفاف فلا يتبين به أن التفاوت كان موجوداً وقت العقد بخلاف
الحنطة بالدقيق فإن بالطحن تفرق الأجزاء ولا يفوت جزء شاغل للكيل فتبين بالتفاوت بينهما
بعد الطحن أنهما لم يكونا متساويين عند العقد وكذا المقلية بغير المقلية فإن بالقي لا يفوت جزء
شاغل للكيل إنما تنعدم اللطافة التي كانت بها الحنطة منبثة ولما ظهر التفاوت بعد القلي عرفنا أن
هذا التفاوت كان موجوداً عند العقد ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت في الجودة بقوله
صلى الله عليه وسلم جيدها وورديها سواء واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حتى شرط اليد
باليد وصفة الجودة لا تكون حادثة بصنع العباد والنقاوة بين النقد والنسيئة حادثة بصنع العباد
وهو اشتراط الأجل فصار هذا أصلاً أن كل تفاوت ينبني على صنع العباد فذلك مفسد للعقد
وفي المقلوبة بغير المقلوبة والحنطة بالدقيق بهذه الصفة وكل تفاوت ينبني على ما هو ثابت بأصل
الخلقة من غير صنع العباد فهو ساقط الاعتبار والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة فلا يكون
معتبراً كالتفاوت بين الجيد والردى قال (وبيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر) فاما بيع الحنطة
المبلولة باليابسة أو الرطبة باليابسة يجوز في قول أبي حنيفة وفي قول محمد لا يجوز وذكر في نسخ
أبي حفص قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة رحمهما الله تعالى وهو قوله الآخر فاما قوله
الأول كقول محمد فأبو حنيفة مر على أصله وهو اعتبار المساواة في الكيل عند العقد ومحمد مر
على أصله وهو اعتبار المائلة في العدل الأحوال كما أشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم في
حديث سمعته رضي الله تعالى عنه وذلك لا يوجد في الحنطة الرطبة والمبلولة بعد الجفاف وأبو
يوسف يقول القياس ما قاله أبو حنيفة ولكن تركت القياس في الرطب بالتمر للحديث والمخصوص

يخص الثوب المروى منه يكون رأس المال واسلام القوهى في المروى جائز وكذلك لو أعطاه ثوبا في حنطة وشعير فجعل بعضه عاجلا وبعضه الى أجل فهو جائز لان ما يخص العاجل منه ان كان بعينه فهو متقابلة وان كان بغير عينه وكان موصوفا فهو ثمن وما يخص الاجل فهو بيع الثوب بثمن مؤجل وهذا لان الثوب مبيع والمكيل اذا كان بعينه يكون مبيعا واذا كان بغير عينه وما يقابله مبيع فهو ثمن والبيع بثمن مؤجل صحيح اذا كان معلوم الوصف ولو أعطاه ثوبا فوهيا في ثوب فوهى بنسيئة فهو مردود لانه لا وجه لتصحيحه يباعا مقابضة فان أحد البديلين ليس بمعين ولا وجه لتصحيحه سلما لان البديلين من جنس واحد ولا وجه لتصحيحه قرضا فان استقرض الثوب لا يجوز ان زاد فيه درهما مع الثوب الذى عجل أو زاده الآخر مع ثوبه درهما عاجلا كان ذلك كله أو آجلا كان ذلك فاسدا لان الزيادة بيع يقصد بها اخراج العين من العقد وادخال الرخص فيه وقد تعذر تصحيح الاصل هنا فلا يمكن تصحيح البيع لان ثبوت البيع بثبوت الاصل واذا أثبتنا الحكم في البيع بدون الاصل لم يكن يباعا وكذا لو كانت الزيادة دنائير أو ثوبا يهوديا أو كره حنطة أو غير ذلك لانه بيع للاصل حين أوجبه باسم الزيادة عينا كان أو دينيا وان أسلم طعاما في شيء مما يوزن وزاد مع ذلك دراهم أو دنائير أو ثوبا عاجلا فهو جائز لان العقد في الاصل المواجهة بمقابلة بعضه يكون دينيا بدين وان كانت الزيادة صحيحة هنا فيثبت حكمه في الزيادة أيضا وان جعله مؤجلا لم يحز لان المسلم فيه دين فالزيادة من الذى عليه السلم دراهم أو دنائير أو ثوبا أو شيئا مما يوزن عاجلا فهو جائز وان جعله مؤجلا فهو جائز أيضا اذا كان معلوما في نفسه لان رأس المال عين فلا يخص المسلم فيه من رأس المال يكون عقد السلم فيه صحيحا وما يخص الزيادة يكون يباعا بثمن الى أجل معلوم وذلك جائز أيضا فأما اذا أسلم عشرة دراهم في كره حنطة ثم ان المسلم اليه زاد كرا آخر أو نصف كره لا تجوز الزيادة لانه لا يمكن جعل الزيادة ثمنا وجعل الدراهم مبيعا فلا بد من أن يجعل زيادة في المسلم فيه والزيادة في المسلم فيه من المسلم اليه على سبيل الالتحاق بأصل العقد لا يجوز لان عقد السلم جوز بخلاف القياس لحاجة الناس اليه ولا حاجة له الى الزيادة بل حاجته الى زيادة رأس المال فلا جرم الزيادة في رأس المال على سبيل الالتحاق بأصل العقد جائزة في المجلس . قال (وان أسلم طعاما في ثياب مختلفة أو في أشياء من الوزنيات مختلفة ولم يسم رأس مال كل صنف منها فهو فاسد) في قول أبي حنيفة رحمه الله بناء على أصله في اشتراط اعلام قدر رأس المال فيما

يتعلق العقد على قدره وقد سبق بيانه ولا بأس بأن يشتري الرجل الشاة الحية بالشاة المذبوحة
يداً بيد لانه بيع عددي فوري فالشاة الحية لا توزن ولا خير فيه نسيئة لان النسيئة ان كانت
في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان وان كانت في البديل الاخر فهو سلم في اللحم ولو كانتا شاتين
مذبوحتين قد سلختا اشتراهما رجل بشاة مذبوحة لم تسليخ كان ذلك جائزاً أيضاً لان المثل
من لحم الشاة بمقابلته من الشاتين والباقي من لحم الشاتين بازاء الجلد والسقط فيجوز ذلك
ويحمل مطلق كلامهما عليه لتحصيل مقصودهما ولو كانت الشاة ليس معها جلد كان ذلك
فاسداً لان العقد اشتمل على اللحم فقط من الجانبين واللحم موزون فاذا وجدت الجنسية
والوزن حرم التفاضل . قال (ولا بأس بكر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكر شعير
يداً بيد) فتكون حنطة هذا بشعير هذا وشعير هذا بحنطة هذا عندنا استحسانا والقياس أن
لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وكذلك لو باع مد عجوة وزبيب بمدى عجوة
وزبيب أو باع ديناراً ودرهما بدرهمين ودينارين فأما اذا باع درهما جيداً ودرهما زيفاً بدرهمين
جيدين يجوز عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعي لا يجوز وكذلك لو باع ديناراً نيسابورياً أو
ديناراً هروياً بدينارين نيسابورين أو هرويين وهذا بناء على الاصل الذي تقدم فان عند الشافعي
رحمه الله للجودة قيمة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فانما ينقسم الدرهمان الجيدان
على الجيد والزيف باعتبار القيمة فيصيب الجيد أكثر من وزنه والزيف أقل من وزنه وذلك ربا
وعندنا لا قيمة للجودة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فالمقابلة باعتبار الاجزاء ويجوز
العقد لوجود المساواة في الوزن عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة
بالفضة مثل بمثل يد بيد وبقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ودرديها سواء وأما الكلام في الفصل
الثاني فوجه القياس فيه ان العقد متى اشتمل على أعواض من أجناس مختلفة ينقسم البعض على
البعض باعتبار القيمة كما لو باع عبداً أو ثوباً تجارية وحمار وهذا لان الانقسام يكون على وجه
يعتدل فيه النظر من الجانبين حال بقاء العقد وحال انفساخه في البعض يعارض وانما يكون
ذلك في الانقسام باعتبار القيمة وأما في صرف الجنس الى خلاف الجنس يتضرر أحدهما عند
انفساخ العقد في البعض يعارض والدليل عليه انه لو باع قفيز تمر بقفيز تمر لا يجوز ولا يجعل
التمر من كل جانب بمقابلة القوى من الجانب الآخر ولو باع منان لحم بنوى لحم لا يجوز ولا
يجعل اللحم من كل جانب بمقابلة العظم من الجانب الآخر حتى يجوز ولو اشتري عبداً بالف

درهم نسيئة ثم باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز العقد فيما اشتراه لانه اشترى
 ما باع باقل مما باع وتصحيح العقد هنا يمكن ان يجعل بمقابلة العبد الاول من الثمن الثاني
 مثل الثمن الاول والباقي بازاء الآخر ومع ذلك اعتبر الانقسام بالقيمة فهذا مثله يدل عليه
 ان في الأموال الربوية يصرف الجنس الى الجنس لا الى خلاف الجنس فانه اذا باع ثوباً
 وعشرة بثوب وعشرة بشرط قبض الدراهم في المجلس لانه يجعل صرفاً في حق الدراهم ووجه
 الاستحسان الاستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم فاذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد
 ان يكون يداً بيد وقد اشتمل العقد هنا على نوعين مختلفين فينبغي أن يجوز العقد كيف شاء
 المتعاقدان والمعنى فيه ما بينا ان تحصيل مقصود المتعاقدين ممكن بطريق شرعي وهو صرف
 الجنس الى خلاف الجنس فيجب المصير اليه ويجعل ذلك كالمصرح به وهذا لان الانقسام في
 سائر المعاوضات باعتبار القيمة ليس بمقتضى العقد بل للمعاوضة والمساوات اذ ليس صرف
 البعض أولى من البعض فيصير الانقسام والتوزيع باعتبار القيمة للمعاوضة وذلك غير موجود
 هنا لانه لو صرف الجنس الى الجنس فسد العقد ولو صرف الجنس الى خلاف الجنس صح
 العقد ولا معاوضة بين الجائز والفساد فالجائز مشروع باصله ووصفه والفساد مشروع باصله
 حرام بوصفه فاذا لم تتحقق المعاوضة على وجه المساوات لا يصار الى الانقسام باعتبار القيمة
 ولكن يرجع ما هو مشروع من كل وجه على ما هو مشروع من وجه دون وجه بخلاف
 النوى مع التمر فالتمر والنوى كله مكمل من جنس واحد ولو صرح بصرف التمر الى النوى
 لم يجز العقد وكذلك العظم مع اللحم لانه مركب فيه خلقة كالنوى في التمر فاذا كان عند
 التصحيح لا يصح العقد فعند الاطلاق لا يحمل عليه أيضاً فاما مسألة العبدین (قلنا) فصل
 المعاوضة يتحقق هناك لان جهات الجوازات أكثر فانه ان جعل بمقابلته مثل الثمن الاول يجوز
 وكذلك ان جعل بمقابلته أكثر من الثمن الاول فلكثر جهات الجواز يتحقق معنى المعاوضة ويجب
 المصير الى الانقسام باعتبار القيمة وهنا لا وجه للجواز الا واحد وهو صرف الجنس الى خلاف
 الجنس يوضحه ان شرط الجواز هناك ان لا يكون الثمن الثاني أقل من الثمن الاول فكأنهما ولو
 صرحا بهذا لم يصير مقدار الثمن معلوماً فلا يجوز العقد فان قيل المعاوضة هنا تتحقق أيضاً فانه اذا
 جعل الدراهم بمقابلة الدينارين يجوز وان جعل نصف درهم والنصف الباقي بمقابلة الدينار
 ونصف ونصف دينار بمقابلة نصف الدينار والباقي بمقابلة درهم ونصف يجوز أيضاً (قلنا) نعم

ولكن هذا بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ونحن ادعينا انه لا وجه للجواز هنا الا
 هذا الطريق فكيف ما يشتغل به لا يخرج به الطريق من أن يكون عينا واذا اشترى ثوبا
 وعشرة بثوب وعشرة (قلنا) هناك العقد صحيح من غير أن يصرف الجنس الى خلاف الجنس
 فان القبض في مجلس شرط بقاء العقد صحيحا لا شرط الانقضاء صحيحا ونحن انما صححنا هذا التصحيح
 العقد لا للبقاء صحيحا فلا يلزم. قال (وان اشترى قفيز حنطة بنصف قفيز هو أجود منه فلا خير فيه)
 لانه لا قيمة للجودة فنصف القفيز بمقابلة نصف قفيز والنصف الآخر خال عن العوض
 وبهذه المسئلة يتبين أن أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف قفيز لما بينا انها تصير مال
 الربا لكونها مكيلا والمكيل ما يعرف مقداره بالكيل وذلك يوجد في نصف قفيز ولا يوجد
 فيما دونه ولا بأس بان يشتري الكفري بما يناسب من التمريدا بيد لان الكفري ليس يتمر
 ولا يكال أيضا ولا خير فيه اذا كان الكفري نسيئة لانه مجهول فيه الصغير والكبير وهو
 عددي متفاوت فان أحاده متفاوت في المايله. قال (ولا خير في التمر بالبسر اثنان بواحد وان كان
 البسر لم يحمر ولم يصفر لان البسر تمر علي ما بينا ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حين
 تنعقد صورتها الى ان تدرك فاما في الكفري قبل انعقاد صورة التمر فلا يكون تمرا وكذلك
 في كل صنف من صنوف التمر فلا خير في بعضه ببعض الامثالا بمثل يدا بيد ولا خير في
 ان يتناع حنطة مجازفة بحنطة مجازفة وكذلك كل مكيل أو موزون لان المساواة في القدر شرط
 لجواز العقد اذا صارت الاموال أمثالا متساوية وعند البيع مجازفة لا تظهر المساوات في القدر
 فلا يجوز العقد. قال (فان تباع صبرة بصبرة مجازفة ثم كلنا بعد ذلك فكاتنا متساويين لم يجز
 العقد عندنا) وقال زفر يجوز لان ما هو شرط الجواز وهي المائلة قد تبين انه كان موجودا
 وان لم يكن معلوما للمتعاقدين فجاز العقد كما لو زوجت امرأة نفسها من رجل وهناك شاهدان
 يسمعان كلامهما والمتعاقدان لا يعلمان ذلك كان النكاح جائزا وحجتنا في ذلك ان المعتبر لجواز
 العقد العلم بالمساواة عند العقد لانه اذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدوما وهو ما وما هو موهوم
 الوجود يجعل كالمحقق فيما بنى أمره على الاحتياط كما في العقوبات التي تندري بالشبهات
 ولان باب الربا مبني على الاحتياط فالفضل الموهوم فيه كالمحقق وكذلك لو باع الحنطة بالحنطة
 وزنا بوزن لا يجوز لان الحنطة مكيلية فشرط الجواز فيها المائلة الكيل وبالمساواة في الوزن
 لا تعلم المائلة في الكيل وهذا بخلاف ما لو أسلم في الحنطة وزنا فانه يجوز على ما ذكره الطحاوي

لان في المسلم فيه لا تعتبر المائلة وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما منازعة في التسليم وذلك
 يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل وبهذه المسئلة يتبين الجواب عن الاشكال الذي ذكرنا
 في مسئلة علة الربا على من علل في مسئلة بيع الحفنة بالحفتين انه انما جاز لان للجودة من الحفنة
 فيما عند مقابلتها بجنسها لان سقوط قيمة الجودة باعتبار كون المال من ذوات الامثال والمائلة
 بالمعيار ولا معيار للحفنة بخلاف القفيز فزد على هذا الكلام مسئلة الغصب وهو ان يقال لقيمة
 للجودة من الحفنة ايضاحي اذا غصب حفنة من حنطة وذهبت جوتها عنده فاستردها
 صاحبها لم يكن له ان يضمن الناصب النقصان لانا نقول لقيمة للجودة منها لانها موزونة
 لالانها مكيلة وكما ان اعتبار بالكيل يسقط قيمة الجودة فكذا لك باعتبار الوزن الا ان
 الشرع اسقط اعتبار الوزن في الحنطة في حكم الربا حيث نص على المائلة فيه كيلا بقوله
 صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة كيل بكيل فلذا جوزنا بيع الحفنة بالحفتين ولم يجعل للجودة
 من الحفنة قيمة في الغصب لانها موزونة كما جوزنا السلم في الحنطة بذكر الوزن. قال (ولا
 خير في شراء التمر على رؤس النخل بالتمر كيلا أو مجازفة عندنا) وقال الشافعي يجوز شراء
 التمر على رؤس النخل بتمر مجذوذ على الارض خرصاً فيما دون خمسة أوسق ولا يجوز فيما
 زاد على خمسة أوسق وله في مقدار خمسة أوسق قولان وحجته في ذلك حديث أبي هريرة
 رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة ورخص في العرايا وهي
 أن تباع بخرصها فيما دون خمسة أوسق والدليل على أن المراد بالعراية التي رخص فيها رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ما قلنا قول زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه فانه لما سئل ما عرايا كم
 هذه قال ان الرطب ليأتينا ولم يكن في أيدينا بعد ابتاعه به وعندنا فضالات من التمر فرخص
 لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتباع بخرصها تمرأفناً كل مع اليابس الرطب ولان ما
 على رؤس النخل لا يتأني فيها الكيل فأقام الشرع الخرص فيها مقام الكيل للحاجة تيسيراً
 بخلاف ما اذا كانا موضوعين على الارض وهذه الحاجة في القليل دون الكثير والتفاوت
 مع الخوص ينعدم أو يقل في القليل ويكثر في الكثير والفرق بين التفاوت الكثير واليسير
 في التبرع أصل حتى أن الزيادة تدخل في الكيلين يجعل غمواً بخلاف ما زاد على ذلك وحجتنا
 في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر كيل بكيل وما على رؤس النخل تمر فلا يجوز
 بيعه بالتمر الا كيلا بكيل وهذا الحديث عام متفق على قبوله فيترجح على الخاص المختلف

في قبوله والعمل به ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة فالمحاقلة بيع الحنطة في سنبها بحنطة والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بالتمر خرصاً وأما العرية التي فيها الرخصة بقوله ورخص في العرايا هي العطية دون البيع قال صلى الله عليه وسلم للخراصين حققوا في الخرص فان في المال العرية والوصية والخروص له لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب العطا وقال القائل شاعر الانصار

ليست بسببها ولا رحيه ولكن عرايا في السنين الحوائج
والافتخار بالعطاء دون البيع وتفسير العرية أن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعري له في بستانه كل يوم ليكون أهله في البستان ولا يرضي من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة فيعطيه مكان ذلك تمرًا محدوداً بالخرص ليدفع الضرر عن نفسه ولا يكون مخلفاً للوعد وهذا عندنا جائز لأن الموهوب لم يصير ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب فإعطيه من التمر لا يكون عوضاً عنه بل هبة مبتدأة وإنما سمي ذلك بيعاً مجازاً لأنه في الصورة عوض يعطيه للتحرز عن خلف الوعد واتفق أن ذلك كان فيما دون خمسة أوسق فظن الراوي أن الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده والقياس معنى في المسئلة لأنه باع مكيلاً بمكيال من جنسه فلا يجوز لطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الأرض أو كانا على رؤس النخيل وكما في سائر المكيلات من الحنطة والشعير فإنه لو باع الشعير المتحصل بشعير مثله بطريق الخرص لم يجز وكذلك الحنطة والشايفي لا يجوز ذلك في الحنطة لمعنيين (أحدهما) أن شراء الحنطة في سنبها بالدراهم عنده لا يجوز لأنه شراء ما لم يره بخلاف الشعير فإنه ظاهر مرثي (والثاني) أنه بيع مطعوم بمطعوم من جنسه لم يعرف التساوي بينهما في الميعار الشرعي قال (ولا بأس بشراء فضل الحنطة بحنطة مجازفة أو كيلاً بعد أن يكون بعينه لأن الفضل ليس بمكيل ولا موزون وإنما هو علف الدواب بمنزلة الحشيش ثم بيع الزرع النبات قبل أن يصير منتفعاً به لا يجوز سواء باعه بالنقد أو بغيره لأن البيع يختص بعين مال متقوم والزرع في أول ما يبدو قبل أن يصير منتفعاً به لا يكون مالا متقوماً أما بعد ما صار منتفعاً به بحيث يعمل فيه المناجل ومشافر الدواب يجوز بيعه لأنه مال متقوم منتفع به فإن باعه بشرط القطع أو مطلقاً جاز لأن مقتضى مطلق البيع تسليم المعقود عليه عقبيه فهو وشرط القطع سواء وإن باعه بشرط الترك في أرضه حتى

يدرك فلا خير فيه لانه ان كان بمقابلة منفعة الترك بعض البديل فهو اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من البديل فهو اعارة مشروطة في العقد وكل واحد منهما مفسد للعقد وان اشتراه مطلقاً ثم تركه الى وقت الادراك فان كان الترك باذن البائع فالفضل طيب للمشتري لانه تبرع عليه بمنافع أرضه وان كان الترك بغير اذن البائع فعليه أن يتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث فانه غاصب للأرض والزيادة انما حصلت بقوة الأرض فكان بمنزلة من غصب أرضاً وزرعها فعليه أن يتصدق بالفضل. قال (وان استأجر الأرض مدة معلومة بأجر معلوم ليترك الفضل فيها فذلك جائز) لان استئجار الأرض صحيح اذا كان المستأجر يتمكن من استيفاء منفعتها والتمكن هنا موجود لاشتغالها بزراعة بمعنى أنه وصلت منفعة الأرض الى زرعها فصار كأن زرعها استوفى منفعة الأرض وان استأجرها الى وقت الادراك فهو فاسد لجهالة المقود عليه وقد يتقدم الادراك اذا تعجل الحر وقد يتأخر اذا طال البرد ويلزمه أجر المثل لانه استوفى في المنفعة بحكم عقد فاسد ولا يجاوز به ما سمي لانعدام المقوم في الزيادة ثم يرفع من الغلة ما غرم فيه ويتصدق بالفضل لانه حصل بحكم عقد فاسد فتمكن فيه نوع خبيث. قال (ولا بأس بأن يبتاع زرع الحنطة بعد ما أدرك بغير الحنطة عندنا) وعند الشافعي لا يجوز في أحد القولين لانه اشترى ما لم يره وبيانه يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى. قال (واذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بين رجلين وهما نوعان فاقسماه مجازفة فأخذ أحدهما أحد النوعين والآخر النوع الاخر بغير كيل وأخذ كل واحد منهما نصف نوع مجازفة فهو جائز اذا اصطلاحا عليه) لانهما جنسان مختلفان والمعاوضة عند اختلاف الجنس يدايد يجوز كيف ما كان وكل واحد منهما يأخذ نصف النوع الذي أخذه بتقديم ماله والنصف الآخر عوضاً عما تركه لصاحبه من نصيبه في النوع الآخر ويبيع الحنطة بالشعير مجازفة يجوز. قال (ولا يجوز شراء اللبن في الضرع كيلاً ولا مجازفة بدراهم أو غير ذلك انهم النبي صلى الله عليه وسلم عن الفرر والفرر ما يكون مستور العاقبة ولا يدري أن ما في الضرع ربح أو دم أو لبن ولان البيع يختص بعين مال متقوم بنفسه واللبن في الضرع بمنزلة الصفة في الحيوان ولا يكون ما لا متقوماً بنفسه قبل الحلب وأوصاف الحيوان لا تقبل البيع كاليد والرجل ولان اللبن يزاد ساعة فساعة وتلك الزيادة لا يتناولها البيع واختلاط المبيع بمائس بمبيع من ملك البائع على وجه يتعذر تمييزه مبطل للبيع ثم تمكن المنازعة بينهما في التسليم

لان المشتري يستعصى في الحلب والبائع يطالبه بترك داعية اللبن وكذلك بيع أولادها في
 بطونها لا يجوز لمعنى الفرور وانعدام المالية والتقوم فيه مقصوداً قبل الانفصال وعجز البائع
 عن تسليمه واستدل بنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبله منهم من يروى
 بالسكسر الحبله فيتناول بيع الحمل ومنهم من يروى بالنصب الحبله فيكون المراد بيع ما يحمل
 هذا الحمل بأن ولدت الناقة تم حبلت ولدها فالمراد بيع حمل ولدها وقد كانوا في الجاهلية يعتادون
 ذلك فأبطل ذلك كله رسول الله صلى الله عليه وسلم بنهيه عن بيع المضامين والملاقيح وعن
 بيع حبل الحبله قيل المضامين ما تتضمنه الاصلاب والملاقيح ما تتضمنه الارحام وقيل على عكس
 هذا المضامين ما تضمنه الارحام والملاقيح ما تضمنه الاصلاب وكذلك شراء أصوافها على
 ظهورها لان الصوف قبل الجزاز وصف للحيوان وليس بمال متقوم في نفسه ولان المنازعة بينما
 يتمكن في التسليم فان المشتري يستعصى في الجزاز والبائع يمنعه من ذلك وعن أبي يوسف
 رحمه الله أنه جوز ذلك لان الصوف عين مال ظاهر وقاسه يبيع قوائم الخلاف وذلك جائز
 والفرق بينهما على ظاهر الرواية ان النمو في أغصان الشجرة يكون من رأسها لا من أصلها فلا
 يختلط ملك البائع بملك المشتري وأما النمو في الصوف يكون من أصله وذلك يتبين فيما اذا
 حصب الصوف على ظهر الشاة ثم تركه حتى نما فالمحسوب يكون على رأسه لا في أصله فيختلط
 ملك البائع بملك المشتري مع أن ما يكون متصلاً بحيوان فهو وصف محض بخلاف ما يكون
 متصلاً بالشجرة فهو عين مال مقصود من وجه فيجوز بيعه لذلك . قال (وكل شيء اشتراه
 من الثمار على رأس الشجر بصنف من غيره يد ابيد فلا بأس به وشراء الثمار قبل أن تصير
 منتفعاً بها لا يجوز) لانه اذا كان بحيث لا يصلح لتناول بني آدم أو علف الدواب فهو ليس بمال
 متقوم فان صار منتفعاً به ولكن لم يبد صلاحه بعد بأن كان لا يأمن العاهة والفساد عليه فاشتراه
 بشرط القطع يجوز وان اشتراه بشرط الترك لا يجوز وان اشتراه مطلقاً يجوز عندنا لان
 مطلق العقد يقتضى تسليم المعقود عليه في الحال فهو وشرط القطع سواء وعند الشافعي لا يجوز
 هذا العقد انهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها أو قال حتى يرهى
 أو قال حتى تؤمن العاهة وتأويله عندنا في البيع بشرط الترك بدليل قوله رأيت لو أذهب
 الله تعالى الثمرة بما يستحل أحدكم مال أخيه المسلم وانما يتوهم هذا اذا اشترى بشرط الترك
 الى أن يبدو صلاحها أما اذا اشتراها بعد ما بد صلاحها الا أنها لم تدرك بعد شرط القطع

يجوز وكذلك مطلقا ويؤمر بأن يقطعها في الحال بمقتضي مطلق العقد وعند الشافعي رحمه الله يتركها الى وقت الادراك لانه هو المتعارف بين الناس ولو اشتراها بشرط الترك فالعقد فاسد عندنا جائز عند الشافعي رحمه الله لانه متعارف بين الناس ومن الشرائط في العقود ما يجوز العرف كما اذا اشترى نعلا وشرا كين بشرط أن يحدوها البائع ولكننا نقول ان كان بمقابلة منفعة الترك شيء من البدل فهذه اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن فهي اعارة مشروطة في البيع وقد ورد الشرع بالهني عن ذلك حيث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر ثم ان الثمار على رؤس الاشجار تزداد وهذه الزيادة تحدث من ملك البائع بعد البيع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشترها فكان باطلا وفصل النعل مستحسن من القياس ولا يتمكن في ذلك الشرط شراء المعدوم فاما اذا تناهى عظم الثمار وصار بحيث لا يزداد ذلك ولكن لم ينضج فان اشتراه بشرط القطع أو مطلقا يجوز وان اشتراه بشرط الترك ففي القياس العقد فاسد وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا لانه شرط متعارف ومدة الترك يسيرة وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا ولكن الشمس تنضجه بتقدير الله ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله والطعم من الكواكب بتقدير الله فلم يبق فيه الا عمل الشمس والقمر والكواكب فلماذا قال محمد أستحسن أن أجوز به بخلاف ما قبل ان يتناهى عظمه فان اشتراه مطلق ثم تركه الى وقت الادراك فهو على قياس ما قدمنا من التفصيل في الفصل الا في فصلين (أحدهما) ان هناك لو استأجر الارض مدة معلومة يجوز وهنا لو استأجر الاشجار مدة معلومة لا يجوز بحال لان استئجار الارض بالدراهم صحيح واستئجار الاشجار لا يجوز بحال (والثاني) ان هناك لو استأجر الارض الى وقت الادراك يلزمه أجر المثل ولا يطيب له الفضل وهنا لا يلزمه شيء من الاجر ويطيب له الفضل لان استئجار الاشجار لا يجوز له بحال فلا ينعقد العقد عليهما فاسدا أيضا وبدون انعقاد العقد لا يجب الاجر واذا صار العقد لغوا بقي مجرد الاذن والترك متى كان بأذن البائع فالفضل يطيب له ولم يذكر فصلا آخر في الكتاب وهو ما اذا صار بعض الثمار منتفعا به ولم يخرج البعض بعد أو لم يصير منتفعا به ولم يخرج البعض أو لم يصير منتفعا به

كالتين ونحوه فاشترى الكل فظاهر المذهب ان هذا العقد لا يجوز عندنا خلافا لما لك فانه يقول وجود صفة المالية والتقوم في شئ مما هو المقصود يجعل كوجوده في الكل للحاجة الى ذلك كما ان في باب الاجارة يجعل وجود جزء من المنفعة كوجود الكل في حق جواز العقد أو يجعل ما خرج أصلا ولم يخرج منه جعل تبعاً له في حق جواز العقد لتعامل الناس ولكننا نقول جمع في العقد بين المعلوم والموجود والمعلوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من البذل غير معلوم فلا يجوز العقد وجعل المعلوم حقيقة موجوداً حكماً للضرورة وذلك فيما لا يقبل العقد بعد الوجود حقيقة فأما الثمار تقبل العقد بعد الوجود قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام شمس الأئمة يفتى بجواز هذا البيع في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك وهكذا حكى عن الشيخ الامام أبى بكر محمد بن الفضل قال أجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً قال أستحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عاداتهم حرج بين . قال وقد رأيت رواية في هذا عن محمد وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد مثلاً حق ثم جوز البيع في الكل مطلقاً بهذا الطريق قال الشيخ الامام ولكن الاول عندي أصح لان المصير الى هذا الطريق عند تحقق الضرورة ولا ضرورة في الباذنجان والبطيخ فانه يمكنه ان يبيع أصولها حتى يكون ما يحدث من ملك المشتري له وفي الثمار كذلك فانه يمكنه ان يشتري الموجود المنتفع به ببعض الثمن ثم يؤخر العقد فيما بقي الى ان يصير منتفعاً به أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويحل للبائع ان ينتفع بما يحدث فيحصل مقصودهما بهذا الطريق . (قال وان اشتري طعاماً بطعام مثله فمجله له وترك الذى اشتري ولم يقبض حتى افترقا فلا بأس به عندنا) وقال الشافعى يبطل البيع والتقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام من جنسه أو من خلاف جنسه ليس بشرط عندنا وقال الشافعى هو شرط عندي واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في الاشياء الاربعة يدأ بيد والمراد به القبض ألا ترى ان هذا اللفظ في الذهب والفضة أفاد شرط القبض ثم قال في آخر الحديث واذا اختلفا النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدأ بيد وهذا ينصرف الى جميع ما سبق ثم فهم منه في بيع الذهب والفضة شرط القبض في المجلس فكذلك في الاشياء الاربعة ولان العقد جمع بين بدلين لو قبل كل واحد منهما بجنسه عينا يحرم التفاضل بينهما فيشترط القبض فيه في المجلس كبيع الذهب والفضة وهذا

لان بالاتفاق يحرم النساء هنا مع اختلاف الجنس وليس ذلك للتفاوت في المالية لان حقيقة
 التفاضل عند اختلاف الجنس يجوز فعرفنا ان حرمة النساء لوجوب القبض في المجلس ولنا في
 المسئلة طريقان (أحدهما) ان القبض حكم للعقد فلا يشترط اقترانه بالعقد كالمالك فانه يجوز ان
 يتأخر عن حالة العقد بخيار شرط أو نحوه وهذا لان حكم الشيء يعقبه ولا يقترن به وانما
 يقترن بالشيء شرطه والقبض في كل بيع انما يستحق بالعقد فيكون حكم العقد لا شرطه
 وساعات المجلس انما تجعل كحالة العقد فيما هو شرط العقد فأما في الحكم مجلس العقد وما
 بعده سواء وهذا بخلاف الصرف فالقبض الذي هو حكم العقد لا يشترط هناك عندنا وانما
 يشترط التعيين لان التعيين شرط العقد بدليل نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي
 والنقود لاتعين في العقود فكان اشتراط القبض للتعين وليس أحد البدلين في الصرف بأولى
 من الآخر بهذا شرطنا القبض فيهما للتعين وفي باب السلم شرطنا القبض في رأس المال للتعين
 حتى لا يكون ديناً بدين ولكن ما يقابله وهو السلم فيه مؤجل فلا يشترط التعيين فيه بمقتضي
 العقد ثم قد يرد عقد الصرف والسلم علي ما يتعين بالتعيين الا أنه يشق على كل تاجر معرفة ما
 يتعين ومعرفة ما لا يتعين فأقام الشرع اسم الصرف والسلم مقام عدم التعيين في البدلين تيسيراً
 علي الناس والطريقة (الثانية) ما علل في الكتاب وقال لانه حاضر ليس له أجل ومعنى هذا أن
 الحرمة باعتبار فضل في المالية حقيقة أو حكماً باشتراط الاجل وذلك لا يوجد هنا فالتجار
 لا يفصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وبين غير المقبوض بعد أن يكون حالاً واذا
 لم يتمكن فضل خالي عن المقابلة كان العقد جائزاً كما في بيع العبيد والدواب بجنسه أو بغير
 جنسه وأما الصرف والسلم فقد اختصا باسم شرعاً واختصاصهما باسم لاختصاصهما بحكم
 يقتضيه ذلك الاسم وهو صرف ما في يد كل واحد منهما الى يد صاحبه بالقبض في المجلس
 ولهذا شرطنا ذلك مع اختلاف الجنس والسلم أخذ عاجل بأجل فشرطنا التعميل في أحد
 البدلين بمقتضي الاسم وقد يؤخذ حكم العقد من اسمه كال كفالة والحوالة والنكاح فاما هذا
 البيع كسائر البيوع في الاسم وكل واحد من العوضين فيه يتعين بالتعيين فيكون حكم العقد فيه
 استحقاق التسليم لا وجوب القبض في المجلس كما في سائر البيوع وقد بينا في أول الكتاب
 ان المراد من قوله صلى الله عليه وسلم يد أي عين بعين لان التعيين بالاشارة باليد كما أن
 القبض يكون باليد فيصلح ذكر اليد كناية عنهما ولكن لو كان مراده القبض لقال من يدالي

يد فلما قال يدآ بيد عرفنا انه بمنزلة قوله عين بعين وأما بيع العبد بالعبد والثوب بالثوبين
فجائز بدون القبض في المجلس لانهما يفرقان عن عين بعين وكذلك بيع العبد والثوب بالنقد
لانهما يفرقان عن عين بدين وذلك جائز ولو شرط فيه أجل يوم في العين كان فاسداً لان
العين لا تقبل الاجل فالمقصود بالاجل أن يحصل في المدة فيسلمه وذلك في العين لا يتحقق
ولانه منفعة في اشتراط الاجل في العين لا يدآ بيد لا يسقط فيه بالتعرف بعد أن كان
مملوكا لغيره بالعقد لان الاجل لا يمنع الملك ولكن فيه ضرر على المشتري من حيث قصور
يده عن العين الى مضي الاجل وجواز الشرط في العقد الانتفاع به لا لضرر بغيره. قال (واذا
اشترى طعاما بطعام مثله واشترط أحدهما على صاحبه أن يوفيه طعامه في منزله لم يجز) لان
شرط المساواة عند اتحاد الجنس ثابت بالنص وبهذا الشرط متمكن في أحد الجانبين فضل
وهو منفعة الحمل الى منزله ليوفيه فيه فتعتمد به المساواة وان كان اشتراه بغير جنسه بأن اشتراه
خارجا من المصر وشرط أن يوفيه في منزله في المصر فالعقد فاسد أيضاً لان وجوب التسليم
بالعقد في الموضع الذي فيه المعقود عليه فالمشتري يملك بنفس العقد وهو عين فاذا اشترط
لنفسه منفعة الحمل على البائع فسد به العقد كما لو شرط أن يطحنه وان كان اشتراه في المصر
وشرط أن يحمله الى منزله فالعقد فاسد فان شرط ان يوفيه في منزله ففي القياس العقد فاسد
وهو قول محمد وفي الاستحسان هو جائز وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى
وجه القياس ما بينا ان بنفس العقد صار المبيع مملوكا للمشتري في الموضع الذي فيه المعقود
عليه ففي اشتراط تسليمه في مكان آخر شرطه منفعة لا يقبضه العقد فان كان بمقابلتها شيء
من البدل فهي اجارة مشروطة في البيع والافهي اعارة مشروطة في البيع وذلك مفسد للبيع
كما لو اشتراها خارج المصر أو كان الشرط بلفظ الحمل وانما استحسنت أبو حنيفة وأبو يوسف
للعرف فان الانسان يشتري الخطب في المصر ولا يكثرى دابة أخرى لتحمله الى منزله ولكن
البائع هو الذي يتكلف لذلك وما كان متعارفا وليس في عينه نص يبطله فالقول بجوازه
واجب لما في النزاع عن العادة من حرج بين ومثل هذه العادة لا توجد خارج المصر بل اذا
اشترى الحنطة أو الخطب خارج المصر فالمشتري هو الذي يتكلف الحمل ذلك يوضحه أن
نواحي المصر كناعية واحدة حتى ان قيمة ما له حمل ومؤنة لا يختلف في نواحي المصر
بخلاف المصر مع القرية فقيمتها في المصر أكثر من قيمتها خارج المصر وما كان ذلك الا لان

المشتري هو الذي يتكلف بالنقل ثم هذا الاستحسان عند بعض مشايخنا رحمهم الله تعالى في لفظ الحمل والايفاء سواء وقالوا لا فرق خصوصاً في لسان الفارسية بين أن يقول يسار نجاته من أو يبادنخانه من أو يردادنخانه من والاصح هو الفرق من قبل أن الايفاء من مقتضيات العقد فالعقد يوجب ايفاء المعقود عليه لا محالة فكان شرط الايفاء ملائماً لمقتضى العقد فاما الحمل ليس من مقتضيات العقد ألا ترى أن العقد قد يخلو عنه بأن يسلمه الى المشتري في ذلك المكان وشرط الحمل لا يلائم مقتضى العقد فلماذا أخذنا فيه بالقياس . قال (وان اشترى شعيراً بصوف متفاضلاً فلا بأس به) لانهما جنسان لا اختلاف الاسم والهيئة والمقصود وأصلهما وان كان نوعاً واحداً ولكن باختلاف هذه المعاني يختلف الجنس مع اتحاد الاصل كالثياب المتخذة من القطن وكذلك القطن بالكتان والمشاقة بالكتان لا بأس به متفاضلاً لانهما جنسان مختلفان الا في رواية عن أبي يوسف قال المشاقة والكتان جنس واحد فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا وزناً بوزن بمنزلة أنواع التمر والحديد والنحاس كذلك جنسان لا بأس ببيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ولا خير في أن يسلم هذا في شيء من الموزونات لان الكل موزون بثمن وكذلك الاواني المتخذة من الصفر والنحاس اذا كان يباع وزناً لا يجوز اسلامهما في الموزونات أما اواني الذهب والفضة فيجوز اسلامهما في الموزونات من الزعفران والسكر وغيرهما كما يجوز اسلام الدراهم في هذه الاشياء لان صفة الثمنية لها ثابتة بأصل الخلقة فلا تتغير بالصفة وعند زفر لا يجوز لانه موزون مثنى حتى يتعين بالعقد في التعمين فهذا كالمقتضى من الصفر والحديد واذا كان شرط السلم طعاماً وسطاً فأعطاه أجود أو أردأ فرضى به جاز لانه ان أعطاه أجود فقد أحسن في قضاء الدين وان أعطاه أردأ فقد أحسن الآخر الى أسيره حين رضى منه به وأبرأه من صفة الجودة حين تجوز بدون حقه فجاز ذلك وذكر الطحاوي انه لو أسلم اليه دراهم في حنطة فقبضها رب السلم فوجد بها عيباً وقد تعيب عنده فان رضى السلم اليه أن يقبلها مع العيب الحادث رد المقبوض وطالبه رب السلم بحقه وان أبي أن يرضى لم يرجع رب السلم عليه بشيء في قول أبي حنيفة لان الفئات وصف ولا قيمة للصفة في الاموال الربوية منفردة عن الاصل وعند محمد رجوع بحصة نقصان العيب من رأس المال لان بقدر ما يرجع يخرج من أن يكون رأس المال بمنزلة مالهو حط بمضه فلا يؤدي الى الربا اذا رجع بحصة العيب بهذا الطريق وقال أبو يوسف ان أبي المسلم اليه أن يقبل الميعب غرم

رب السلم طعاما قبل المقبوض ورجع بحقه وهو مستقيم على أصله في رد المثل عند تعذر رد العين لصاحب الدين اذا وجد المقبوض زيوفا وقد هلك في يده وفي اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله قال (لو قال لا آخر اشتريت منك كر حنطة وسطا الى أجل كذا بهذه العشرة دراهم على أن تؤديها الى في مكان كذا فهو سلم جائز عندنا) وقال زفر لا يجوز لانه يبيع ما ليس عند الانسان وهو منهى عنه شرعا وانما الرخصة في السلم خاصة فاذا ذكر لفظ السلم جاز بطريق الرخصة والا فهو فاسد ولا كنا نقول قد أتينا بمعنى السلم وذكر شرائطه والعبرة للمعنى دون الالفاظ ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذه العين بعشرة دراهم وقبل الآخر كان يبيعا وان لم يذكر اللفظ البيع وهذا على أصل زفر أظهر فإنه يجعل الهبة بشرط العوض يبيعا ابتداء ثم ختم الباب بفصل من فصول التحالف وهو ما اذا اشترى عبيدين وقبضهما وهلك أحدهما عنده ثم اختلفا في الثمن فعلى قول أبي حنيفة القول قول المشتري ولا يتحالفان لا في القائم ولا في الهالك إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيئا وعند أبي يوسف القول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان ويتزادان في القائم وقيمة الهالك وهذا بناء على ما اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة فان عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هلاك السلعة يمنع جريان التحالف بينهما وعند محمد لا يمنع ويبان هذا الفصل يأتي في بابيه ان شاء الله فلما كان من أصل محمد أن هلاك جميع السلعة لا يمنع جريان التحالف فكذلك هلاك البعض ثم بعد التحالف فسخ العقد في القائم منهما على العين ممكن فرد العين وفي الهالك رد العين متعذر فيقوم رد القيمة مقام رد العين كما لو كان الكل هالكا عنده والقول في قيمة الهالك قول المشتري مع يمينه لانكاره الزيادة بمنزلة الغاصب مع المغصوب منه اذا اختلفا في قيمة المغصوب وعند أبي يوسف لو كانا قائمين فسخ العقد فيما بينهما بالتحالف ولو كانا هالكين لم يحز التحالف بينهما فاذا مات أحدهما يعتبر كل واحد منهما في نفسه كما في الفسخ بسبب الرد بالعيب ثم تفسير قوله أن المشتري يحلف بالله ما اشتراها باليمين ثم يحلف البائع بالله ما باعها بألف كما يدعيه المشتري ولا يفضل أحدهما عن الآخر في اليمين لانه اذا فضل أحدهما عن الآخر في التحالف يفوت مقصود اليمين فكل واحد منهما يكون بارآ في يمينه وان كان الحال كما يدعيه خصمه فهذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا ترد العين منهما ثم يحلف المشتري في حصة الهالك بالله ما عليه من ثمنه الا خمسة أضعاف قيمتهما سواء وإن

اختلفا في قيمة الهالك فينبني أن يكون القول في قيمته قول البائع مع يمينه وان اختلفا في قيمة الحى لتوزيع الثمن عليهما تحكم قيمته في الحال فان كانت مثل ما يقوله البائع أو أقل فالقول قول البائع مع يمينه وان كانت مثل ما يقوله المشتري أو أكثر منه فالقول قول المشتري مع يمينه وان كانت فيما بين ذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فاذا حلفا اعتبرت قيمته في الحال لتوزيع الثمن عليهما وأما بيان قول أبى حنيفة فانه يقول الصفقة صفقة واحدة والمقصود بالتحالف هو الفسخ فاذا تعذر ذلك بهلاك بعض المعقود عليه يجعل بمنزلة ما لو تعذر بهلاك الكل ألا ترى أنهما لو كانا قائمين لم يستقيم ثبوت حكم التحالف والفسخ في أحدهما دون الآخر فكذلك بعد هلاك أحدهما بخلاف الرد بالعيب لان العيب مما لا يمنع تمام الصفقة فاذا هلك أحدهما في يده ووجد بالآخر عيباً فرده يكون هذا تفريقاً للصفقة قبل التمام وذلك لم يجز بخلاف ما نحن فيه فان جمالة الثمن تمنع تمام الصفقة فلو قلنا فانه يجوز رده يكون القول في الثمن قول المشتري الا أن شاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً حينئذ يصير الهالك كأن لم يتناوله العقد وكأنه ما اشترى الا القائم ثم عند ذلك يحلف المشتري بالله ما اشتراها بالتين ثم يحلف البائع بالله ما باعها بألف لان من اشترى شيئاً بالتين ثم حلف ما اشترى أحدهما بألف كان صادقا وكذلك من باع شيئاً بألف ثم حلف ما باع أحدهما بخمسة كان صادقا فلهذا يجمع بينهما في التحالف فاذا تحالفا رد العين ولا شيء للبائع على المشتري في الهالك من عن ولا قيمة لانه قد أبرأه من ذلك حين رضى بأن يأخذ الحى فقط والله أعلم

باب الوكالة في السلم

قال (واذا وكل الرجل الرجل أن يسلم له عشرة دراهم في كر حنطة فاسلمها الوكيل بشروط السلم ودفع الدراهم من عنده فهو جائز) لأن السلم عقد تمليك الأمر بمباشرة بنفسه فيجوز منه توكيل غيره به كيبيع العين لان الوكيل يقوم مقام الموكل في تحصيل مقصوده وهذا عقد يملك المأمور بمباشرة لنفسه فيصح منه مباشرة لغيره بأمره كالبيع لان العاقد باشر العقد بأهليته وولايته الاصلية سواء باشر لنفسه أو لغيره والاصل فيه قوله تعالى (فابعثوا أحدكم

بورقكم هذه الى المدينة) الآية ومن دفع الى آخر دراهم ليشتري بها شيئاً فان المدفوع
 اليه يكون وكيلاً من جهة الدافع وري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه دفع الى حكيم
 ابن حزام أو الى عروة البارقي رضي الله عنهما ديناراً ليشتري له به أضحية فدل أن التوكيل
 جائز في البيع فكذلك في السلم لان السلم نوع بيع على ما عرف وكذلك الناس تعلموا من
 لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا التوكيل في البيع والسلم جميعاً فاذا عرفنا
 هذا فنقول الوكيل في السلم كالعاقدة لنفسه في حقوق العقد حتى توجه عليه المطالبة بتسليم
 رأس المال دون الموكل وكذلك حق قبض المسلم فيه عند حلول الاجل يكون للوكيل دون
 الموكل وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله ذلك للموكل كله وعليه وأصل المسئلة في البيع فان
 حقوق العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل عندنا وعند الشافعي رحمه الله بالموكل قال (لان
 الوكيل سفير ومعبّر عنه بمنزلة الرسول فاذا عقد العقد خرج من الوسط وصار في الحكم
 كأن الموكل عقده بنفسه) ألا ترى أن ما هو حكم العقد وهو الملك يثبت للموكل دون
 الوكيل فكذلك في سائر أحكامه وشبه هذا بالوكيل بالنكاح فانه لا يتوجه عليه المطالبة بالصداق
 ولا يكون له حق قبض المفقود عليه بل ذلك كله للموكل والجامع بينهما أن كل واحد منهما
 عقد معاوضة فتعلق أحكامه بمن قصد تحصيله لنفسه دون من عبر عنه ولنا أن العاقدة هو
 الوكيل وسبب تعلق حقوق العقد بالمرء مباشرة العقد وثبوت الحكم باعتبار السبب فاذا
 كان هو العاقدة حقيقة وحكما فتعلق حقوق العقد به كما لو باشر العقد لنفسه وهذا لان ولايته
 مباشرة العقد باعتبار أهليته وباعتبار كون ما هو ركن العقد وهو الكلام من خالص حقه
 وذلك لا يختلف بمباشرة لنفسه أو لغيره ونفوذ شرعاً باعتبار ولايته الأصلية لا أن يثبت
 له بأمر الموكل إياه ولاية لم تكن ثابتة من قبل هذا لبيان أنه عاقدة حقيقة وشرعاً ومن
 حيث الحكم فلانه مستغن عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان معبراً عنه لم يستغن عن
 ذكره عند العقد فثبت أنه عاقدة حكماً مباشر للعقد بخلاف الرسول فانه عبارة عن مبلغ الأمر
 الى من أرسل اليه ولا يستغنى عن الاضافة اليه وكذلك الوكيل بالنكاح فانه لا يستغنى عن
 اضافة العقد الى الموكل حتى لو قال تزوجتك كان النكاح له دون الموكل فاما حكم العقد
 وهو الملك فقيه طريقان (أحدهما) أنه يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل من ساعته كما اتفقا
 عليه بالتوكيل السابق ومباشرة السبب تستدعي ثبوت الحكم الا أنه يستقر له فيثبت أولاه

ثم ينتقل منه الى غيره ولهذا لو كان قريبه لا يمتنع عليه ولو كانت زوجته لا يفسد النكاح لان ذلك يستدعي ملكا مستقرا ولا يثبت ذلك للوكيل وعلى الطريق الآخر وهو الاصح لسبب انعقد حكمه موجبا للوكيل الا أن الموكل قام مقامه في ثبوت الملك له بالتوكيل السابق فيثبت للموكل على وجه الخلافة عن الوكيل كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد فيقع الملك فيه لمولاه على وجه الخلافة واذا ثبت أن الوكيل كالعاقدة لنفسه كان هو المطالب بتسليم رأس المال فاذا نقده من عنده رجع بمثله على الأمر لانه تقدم مال نفسه في عقد حصل مقصود ذلك العقد للأمر فأمره اياه بالعقد يكون أمرا باداء رأس المال من عنده على أن يرجع عليه بمثله وكذلك الوكيل هو الذي يقبض الطعام اذا حل الاجل بمنزلة العاقدة لنفسه والغنم بمقابلة الغرم فاذا كان هو المطالب بتسليم رأس المال كان حق قبض الطعام اليه أيضا فاذا قبضه كان له حبسه حتى يستوفي الدراهم من الموكل عندنا خلافا لفر كذلك الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه وقبض السلعة كان له أن يحبسه أما اذا هلك في يده قبل أن يحبسه فانما يهلك من مال الموكل وللوكيل أن يرجع عليه بما أدى من الدراهم لانه في أصل القبض عامل له حتى يتعين به ملك الموكل في السلم ويتم ملكه به في المشتري فيكون هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فان لم يهلك وأراد الوكيل حبسه بالثمن فله ذلك عندنا وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل فكانه قبض حقيقة ثم دفعه الى الوكيل وهذا للمعنيين (أحدهما) أن المقبوض أمانة في يد الوكيل والثمن دين له على صاحبه وليس للأمين أن يحبس الامانة بدينه على صاحبها والثاني أن الوكيل لما قبضه مع علمه أن الموكل يصير به قابضا فقد رضى بقبض الموكل فكان بمنزلة ماله سلمه اليه ثم أراد أن يسترده منه أو بمنزلة بائع سلم السلعة الى المشتري ثم أراد أن يستردها للحبس بالثمن ولنا أن الموكل ملك المشتري بعقد باشره الوكيل ببذل استوجبه الوكيل عليه حالا والا فكان له أن يحبس العين به كالبائع مع المشتري وهذا لان الوكيل مع الموكل بمنزلة البائع مع المشتري إما لان الموكل يتلقى الملك فيه من الوكيل بعوض ولهذا لو اختلف الوكيل والموكل في الثمن تحالفا ولو وجد به الموكل عيبا رده على الوكيل قوله بأن الموكل صادر قابضا بقبض الوكيل ففيه طريقان (أحدهما) أن قبض الوكيل متردد لجواز أن يكون لضم مقصود الوكيل ويجوز أن يكون لأحياء

حق نفسه وإنما يتبين أحدهما عن الآخر بحبسه فكان الأمر فيه موهوماً في الابتداء
 أن لم يحبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً للموكل وأن حبسه عنه عرفنا أنه كان عاملاً لنفسه وأن
 الموكل لم يصّر قابضاً بقبضه (والثاني) أن هذا قبض لا يمكن التحرز عنه لأن الوكيل لا يتوصل
 إلى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه أن يقبض على وجه لا يصير الموكل به قابضاً ولا يمكن
 التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولا
 يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلا التحرز عنه فإذا حبسه الوكيل وهلك في يده فعلي قول
 زفر هو غاصب فعليه ضمان مثله وفي قول أبي يوسف يهلك في يده هلاك الرهن مضمونا
 بالقل من قيمته ومن الثمن وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يهلك هلاك المبيع
 مضمونا بالثمن قل أو كثر وهذا الخلاف ذكره في كتاب الوكالة فأبو يوسف يقول إنما
 كان مضمونا عليه بالحبس بحقه بعد أن لا يكون مضمونا فيكون في معنى الرهون بخلاف
 المبيع فإنه مضمون بنفس العقد حبسه أو لم يحبسه يوضحه أنه يحبسه ليستوفي ما أدى عنه
 من الدين والحبس للاستيفاء حكم الرهن ولأن بهلاكه لا يفسخ أصل البيع بخلاف المبيع
 إذا هلك في يد البائع وسقوط الثمن هناك لا تفسخ البيع وهما يقولان الوكيل مع الموكل
 كالبايع مع المشتري بدليل ما بينا فكما أن المبيع إذا هلك في يد البائع سقط الثمن قل أو كثر
 فكذلك هنا ولا نقول العقد لا يفسخ هنا بل انفسخ فيما بين الموكل والوكيل وإن لم يفسخ
 في حق البائع وهو كما لو وجد الموكل بالمشتري عيباً فردّه ورضي به أو وكيله فإنه يلزم
 الوكيل وينفسخ العقد فيما بينه وبين الموكل والدليل على أن هذا ليس نظير الرهن أن
 هذا الحبس ثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في
 الجزء الشائع فيما يحتمل القسمة وإنما يثبت ذلك بحكم البيع فعرفنا أنه كالمبيع قال (وإن كان
 الوكيل دفع رأس المال من مال الموكل وأخذ بالسلم كفيلاً أو رهناً فهو جائز) لأن موجب
 الرهن بثبوت يد الاستيفاء والوكيل يملك الاستيفاء حقيقة فيملك أخذ الرهن به والكفالة
 للتوثيق والوكيل هو المطالب بالمسلم فيه فكان له أن يتوثق بأخذ الكفيل به لأنه ملك
 المطالبة فملك التوثق بالمطالبة قال (فإن حل السلم فأخذه الوكيل مدة معلومة فهو جائز في
 قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن طعام السلم للموكل) وعلى قول أبي يوسف لا يصح
 تأخيره وكذلك إن أبرأ المسلم إليه عن طعام السلم وأصل هذا أن طعام السلم أصل يقبل

الإبراء قبل القبض وأصل هذا فيما إذا عقد لنفسه ثم أبرأه عن طعام السلم صحح إبراؤه في
 ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يصح ما لم يقبل المسلم إليه فإذا قبل كان
 فسخاً لعقد السلم لأن المسلم فيه مبيع وتمليك المبيع من البائع قبل القبض لا يجوز ما لم يقبل
 فإذا قبل انفسخ العقد كالمشترى إذا وهب المبيع من البائع قبل القبض ووجه ظاهر الرواية
 أن المسلم فيه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيصح الإبراء عنه كالثمن في البيع بخلاف بدل
 الصرف أو رأس مال السلم فإن قبضه في المجلس مستحق وهذا لأن استحقاق القبض في
 المجلس للتعين الذي هو شرط العقد والإبراء مفوت لذلك وأما الدين الذي لا يستحق قبضه في
 المجلس فتعيينه ليس شرطاً لجواز إسقاط القبض فيه بالإبراء يوضحه أن المسلم فيه من حيث
 أنه دين يجب بالعقد كان بمنزلة الثمن ومن حيث أن العقد يضاف إليه ويورد عليه كان بمنزلة
 المبيع فتوفر حظه عليهما فنقول لشبهه بالبيع لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ولشبهه بالثمن
 يجوز إسقاط القبض فيه بالإبراء إذا ثبت هذا فيما إذا كان عقد السلم فنقول لنفسه فكذلك
 الجواب إذا كان وكذا يصحح إبراؤه ويضمن مثله للموكل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما
 الله ولا يصحح إبراؤه في قول أبي يوسف وكذلك الخلاف في المتاركة إذا تارك الوكيل
 السلم مع المسلم إليه وكذلك الخلاف في الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري عن الثمن أو وهب
 له أو أجله فيه صح ذلك وضمنه للموكل في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو
 يوسف لا يصح شيء من ذلك أستحسن ذلك وأدع القياس فيه قال محمد بن مقاتل وهذا
 عجب من أبي يوسف يقول أستحسن والقياس ما قاله لأن الثمن والمسلم فيه ملك الموكل فانه
 بدل ملكه وإنما يملك البديل بملك الأصل ألا ترى أن قبضه يتعين ملك الموكل وإنما يتعين
 بالقبض ملك من كان مالكا قبله فالوكيل تصرف في ملك الغير بخلاف ما أمر به فلا ينفذ
 تصرفه كما لو قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه بخلاف ما أمر به فلا ينفذ تصرفه كما لو
 قبضه فوهبه منه ودليل أن تصرفه ما أمر به أن الوكيل ضامن عندكم ولا يضمن
 إلا بالخلاف والدليل على أنه ملك الموكل أن الموكل لو كان هو الذي أبرأه عنه صح ولو
 قبضه جاز قبضه وكذلك لو اشترى به شيئاً أو صالح منه على عين بالثمن صح ولو كان
 للمشتري على الموكل دين فاشترى من الوكيل شيئاً حتى وجب للموكل على المشتري
 دين أيضاً يصير قصاصاً بدينه فيه يتبين أن الثمن الذي يجب بعقد الوكيل ملك الموكل

وان الزكاة في هذا المال تجب على الموكل ففرقنا ان الملك له وجه قول أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله أن الوكيل تصرف في خالص حقه فينفذ تصرفه كما لو كان عاقداً لنفسه وبيان
الوصف في التأجيل ظاهر لانه يؤخر المطالبة ولا يسقط أصل الثمن والمطالبة حق الوكيل
حتى ينفرد به على وجه لا يملك أحد عزله عنه وليس لاحد أن يطالب الا بأمره وكذلك
الابراء فانه اسقاط حق القبض والقبض خالص حقه لانه حكم العقد وهو في حكم العقد
بمنزلة العاقد لنفسه بدليل أنه لا يميز له أحد عنه وأن المشتري لا يجبر على التسليم الا اليه
وانما يخلفه الموكل في ملك المال بمقابلة ملكه والمال هو المقبوض دون الدين والدين ليس بمال حتى
أن من حلف ان لا مال له وله ديون على الناس لا يبحث ففرقنا أن القبض خالص حقه فيصح
اسقاطه بالابراء ثم يتعدى هذا التصرف الى ابطال حق الموكل في المال باعتبار المال لانه لو
قبض كان المقبوض ملكه وقد فات ذلك باسقاطه فيكون ضامناً له كالأمر اذا أعتق المرهون
ينفذ تصرفه لمصادفة حقه ويضمن قيمة المالية للمرهون لانه تلفه بتصرفه ملك المالية وكذلك أحد
الشريكين اذا أعتق وهو موسراً وهو مسقط للقبض على وجه يتضمن تملك الدين ممن عليه
فن حيث أنه اسقاط صح منه وبرئ المشتري ومن حيث أنه تملك الثمن الذي هو حق
الموكل من المشتري صار ضامناً له كالوكيل بالشراء اذا رضي باليب والى الموكل أن يرضى
به فان رضي الوكيل يعتبر بانقطاع منازعته مع البائع غير معتبر في الزام الموكل فيختص هو
بضرره وهذا لان الاسقاط أصل في الابراء ومعنى التملك بيع ولهذا صح بدون القبول
وان كان يرتد بالرد واما قبض الثمن فالمقبوض عين ملك الموكل فمبته بعد ذلك تصرف في
حق الغير وأما فصل المقاصة فهو على ثلاثة أوجه ان كان دين المشتري على الوكيل وهو مثل
الثمن يصير قصاصاً بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ويضمن للموكل مثله وان كان
دين المشتري على الموكل يصير قصاصاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق للموكل ولهذا لو
أسلم اليه المشتري جاز قبضه فيصير قصاصاً بدينه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويضمن
الموكل مثله وان كان دين المشتري على الموكل يصير قصاصاً بالاتفاق لان باعتبار المال الحق
للموكل فيصير قصاصاً بدينه وان كان الدين له على كل واحد منهما صار قصاصاً بدين الوكيل
لانه لو جعل قصاصاً بدين الوكيل كان ضامناً للموكل مثله ثم يحتاج الى قضاء دينه به واذا
جعل قصاصاً بدين الموكل لم يضمن أحد شيئاً فرجحنا هذا الجانب لهذا والاب والوصي

يصح ابراؤهما وتأجيلهما فيما وجب للصبي بعقدتهما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
وكاذا ضمنا له فاما فيما وجب لا بعقدهما لا يصح لانهما تابان أمرًا بالتصرف في ماله على
وجه الاحسن وذلك لا يحصل بالابراء. قال (والتأجيل والمشاركة من الوكيل بالثمن صحيح في
حق المسلم اليه بخلاف الوكيل بالشراء فان إقالاته لا تصح) لان هناك عين المشتري مملوك للموكل
فلاقالة تصرف منه في محل هو حق الغير وهنا المسلم فيه دين والثابت به حق القبض مادام
في الذمة وهو حق الوكيل وان احتال بالمسلم فيه على ملي أو غير ملي جاز عليه خاصة ويضمن
للأم طعامه لانه تصرف في خالص حقه بالتحويل من محل الى محل فهو على الخلاف الذي
بيننا في البراء ويستوفي في حكم الضمان أن يكون المحتال عليه أعلا أو أسفل بخلاف الأب
والوصى فانهما لو قبلوا الحوالة على من هو أعلا لم يضمننا شيئا لانه تصرف منهما في حق
الصبي على وجه الاحسن وهما يملكان المبادلة في حقه بصفة النظر فاذا بادلا ذمة بذمة على
وجه النظر لم يضمننا والوكيل لا يملك مثله في حق الموكل فلهذا ضمنه. قال (وان اقتضى الطعام
أدون من شرطه فهو جائز) لانه أبرأه عن صفة الجودة ولو أبرأه عن أصله جاز وضمن للموكل
مثل طعامه عندهما فكذلك اذا رضى بدون حقه واذا عقد الوكيل السلم ثم أمر الموكل باداء
رأس المال وذهب الوكيل بطل السلم لان وجوب قبض رأس المال قبل الافتراق من حقوق
العقد فيتملق بالعاقدة وهو الوكيل والموكل فيه كاجنبي آخر فلا معتبر ببقائه في المجلس بعد
ذهاب العاقدة ولا بذهابه اذا بقي المتعاقدان في المجلس فاذا وكله أن يسلم له عشرة دراهم
في كر حنطة فاسلمها في فئيز حنطة فهو جائز على الوكيل دون الموكل لانه وكيل بالشراء فالمسلم
فيه مبيع ورب السلم. مشتري والوكيل بالشراء لا يملك الشراء في حق الموكل بالنظر
الفاحش لما فيه من التهمة أنه باشر التصرف لنفسه ثم لما علم بالنظر أراد أن يلزمه الموكل فاذا نفذ
العقد عليه ضمن للموكل كل دراهمه لانه قضى بدراهمه دين نفسه فان أسلمها في حنطة يكون
نقصانها عن رأس المال مما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل لان هنا العذر لا يستطيع
الامتناع عنه الا بخرج فكان عفوًا في تصرفه لغيره شراء كان أو يبيع. قال (واذا وكله أن
يسلم له عشرة دراهم في طعام فالطعام الدقيق والحنطة عندنا استحسانا وفي القياس هذا
التوكيل باطل) لان اسم الطعام حقيقة لكل مطعوم بدليل مالهو حلف أن لا يأكل طعاما وما
لو أوصى للانسان بطعامه والمطعومات أجناس مختلفة وجهالة الجنس تمنع صحة الوكالة ولكنه

استحسن فقال السلم بيع والطعام اذا اطلق عند ذكر البيع والشراء يراد به الخنطة ودقيقها فان سوق الطعام الموضع الذي يباع فيه الخنطة ودقيقها وبائع الطعام من بيع الخنطة ودقيقها دون من يبيع الفواكه وهذا لان الشراء لا يتم الا بالبائع فكل ما يسمى بائه بائع الطعام يصير هو به مشتريا للطعام بخلاف الاكل فانه يتم بالاكل والوصية تتم بالموصى فاعتبرنا فيهما حقيقة الاسم قالوا وهذا اذا كانت الدراهم كثيرة فأما اذا كانت قليلة فانما ينصرف الى الخبز فأما الدقيق ففيه روايتان وفي رواية هو بمنزلة الخنطة لانه يذكر كما تذكر الخنطة وفي رواية هو بمنزلة الخبز وهذا القياس والاستحسان ثابت في الوكيل بالشراء واذا ثبت أن اسم الطعام يتناول الخنطة ودقيقها فالتوكيل صحيح لانه ان كثرت الدراهم عرفنا ان مراده الخنطة فاذا قلت عرفنا أن مراده الدقيق والمعلوم دلالة كالمعلوم نصاب نقول اذا وكله بأن يسلم له دراهم في طعام فأسلم في شعير أو غيره فهو مخالف وللموكل أن يضمن الوكيل دراهمه لان عقده تقضى على نفسه ثم قضى بدراهم الآمر دين نفسه وان شاء الآمر أخذها من المسلم اليه لان المقبوض من الدراهم عين ملكه فهو أحق به فان أخذها من المسلم اليه يبطل السلم فيما بينه وبين الوكيل وان كان قد فارقه لان رأس المال استحق انتقض القبض فيه من الاصل وان لم يكن فارقه حتى أعطاه مثلها كان السلم صحيحا بينهما لان المقبوض لما استحق فكأنه لم يقبض الى آخر المجلس وعقد السلم ما يتعلق بعين تلك الدراهم بل يتعلق بمثلها في ذمته وان أخذها من الوكيل يبقى عقد السلم بينهما صحيحا لانه يملك رأس المال بالضمآن واذا وكله بأن يأخذ دراهم في طعام مسمى فأخذها الوكيل ثم دفعها الى الموكل فالطعام على الوكيل وللوكيل علي الموكل دراهم قرض لان أصل التوكيل باطل فان المسلم اليه أمره ببيع الطعام في ذمته ولو أمره أن يبيع عين ماله على أن يكون الثمن للآمر كان باطلا فكذلك اذا أمره أن يبيع طعاما في ذمته وهذا لانه إنما يعتبر أمره فيما لا يملك المأمور بدون أمره وهو في قبول السلم في الطعام مستغنى عن أمر الغير وقبول السلم من صنيع المفاليس فالتوكيل به باطل كالتكدي فالحاصل أن التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم باطل والتوكيل من رب السلم بأعطاء الدراهم في طعام السلم جائز واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته ورأس المال مملوك له فاذا سلمه الى الآمر على وجه التملك منه كان قرضا له عليه . قال (واذا دفع اليه عشرة دراهم وأمره أن يسلمها في ثوب لم تصح الوكالة حتى يتبين الجنس) لان الثياب أجناس مختلفة ومع جهالة الجنس

لا يقدر الوكيل على تحصيل مقصود الموكل فيبطل التوكيل فان الوكيل كان عاقداً لنفسه وروى
عن أبي يوسف أنه قال ينظر الوكيل الى لباس الموكل فاذا اشترى الوكيل من جنس لباس
الموكل يجوز ويلزم الموكل لان الظاهر أن الانسان انما يأمر غيره بشراء الثوب ليلبسه
فيعتبر بثيابه فان سمي الموكل ثوباً يهودياً أو غيره جاز لان الجنس صار معلوماً وانما بقيت
الجهالة في الصفة ولا تأثير لجهالة الصفة في القعود المبينة على التوسع والوكالة بهذه الصفة فان
خالفه الوكيل فأسلم في غيره أو الى غير الاجل الذي سماه كان عاقداً لنفسه وللموكل أن يضمه
دراهمه فان ضمته إياها جاز السلم وان ضمنها المسلم اليه بطل السلم لانتقاض قبضه في رأس
المال بعد الانتقاص من الاصل . قال (واذا دفع الوكيل الدراهم سلمها علي ما أمر به الأمر ولم
يشهد علي المسلم اليه بالاستيفاء ثم جاء المسلم اليه بدراهم زيوف يردّها عليه فقال وجدتها فيها فهو
مصدق) لانه ينكر استيفاء حقه فالقول قوله مع يمينه ويقضى له علي الوكيل ببدله ويرجع به
الوكيل علي الموكل لانه في تصرفه عامل له فيرجع عليه بما يلحقه بالمهدة وان كان أشهد عليه
بالاستيفاء لم يصدق بعد ذلك علي ادعائه أنه زيف معناه اذا أقر المسلم اليه باستيفاء الجياد
أو باستيفاء حقه أو باستيفاء رأس المال فهو مناقض بعد ذلك في دعواه أنه زيوف فلا يسمع
بعد ذلك منه ولا تقبل بينته عليه ولا يتوجه اليمين علي خصمه فأما اذا أقر باستيفاء الدراهم
فاسم الدراهم يتناول الزيوف والجياد فلا يكون مناقضاً في قوله وجدتها زيوفاً . قال (واذ
وكله بأن يسلم له عشرة دراهم من الدين الذي له عليه في حنطة فأسلمها له فهو عاقداً لنفسه
حتي يقبض الطعام فيرده الى الأمر مكان دينه) فيثبت يسلم للأمر اذا تراضيا عليه في قول أبي
حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز علي الأمر وكذلك لو أمره أن يصرفها
له بدنانير أو يشتري له بها شيئاً سماه وجه قولهما أن الدين في ذمة المدينون ملك صاحب الدين
بدليل أن يطالبه بالتسليم وينفرد باستيفاء جنسه من ماله ويشتري منها شيئاً فيجوز فانما أضاف
التوكيل الي ملكه وذلك صحيح كما لو كانت الدراهم وديعة له في يده أو غصبا فوكله أن يشتري
له بها والدليل عليه انه لو عين المسلم اليه بقوله أسلمها في طعام الي فلان أو عين البائع أو المبيع
بقوله اشترى لي بها عبد فلان فانه يصح فكذلك اذا أطلق لان تسمية من يعامله الوكيل
ليس بشرط اصحة الوكالة يوضحه أنه لو قال تصدق بمالي عليك علي المساكين يجوز بمنزلة
مالو قال تصدق به علي فلان فكذلك اذا أمره بالشراعية ولا بي حنيفة حرقان (أحدهما) أنه

أمره بصرف في الدين الى من يختاره المديون بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالي عليك من الدين الى من يثبت أو ألقه في البحر كان صحيحاً والمعنى في الفرق أن المديون انما يقضى الدين بملك نفسه وهو في تصرفه في ملك نفسه بالدفع الى الغير لا يحتاج الى اذن الأمر فكان وجود أمره كعدمه فأما في العين تصرفه في ملك الغير ولا يملك ذلك الا باذن من له الحق وهذا بخلاف ما اذا عين المسلم اليه أو البائع لان من أمره بالصرف اليه هناك معلوم فكان أمره معتبراً في توكيله ذلك الرجل بالقبض له أولاً ثم لنفسه وكذلك اذا عين المتاع لان بتعيينه يتعين المالك فالانسان في العادة يشتري الشيء من ماله وهنا لا يمكن اعتبار أمره في توكيل القابض بقبضه لانه توكيل المجهول وذلك باطل وهذا بخلاف قوله تصدق بمالي عليك لان المتصدق يجعل المال لله تعالى ثم يصرفه الى الفقير ليكون كفاية له من الله تعالى فلا جهالة فيمن أمره أن يجعل ذلك له فهو بمنزلة ما لو أمره بالدفع الى آدمي عينه (والثاني) أن بعقد السلم يجب رأس المال على الوكيل ثم يجب له مثله على الموكل فأما أن يكون هو مقرضاً له في ذمته ليقضى به ديناً عليه وذلك لا يجوز أو أمره له بان يقبض من نفسه ثم يقضى به ديناً عليه وذلك لا يجوز يوضحه أن يقيم الوكيل مقام نفسه فيما يأمره به من التصرف وهو بنفسه له أسلم الدين الذي له على زيد الى عمرو في طعام لا يجوز فكذلك اذا وكل المديون بان يفعل له ذلك وبه يظهر الفرق بين الدين والعين ولكن الاعتماد على الحرف الاول قال (واذا وكل الرجل الرجلين ان يسلما له عشرة دراهم في طعام فأسلمها أحدهما لم يحجز) لان عقد السلم يحتاج فيه الى الرأي والتدبير كييع العين وهو انما رضى برأى المثني ورأى الواحد لا يكون كراى المثني فان أسلماها ثم تارك أحدهما مع المسلم اليه السلم لم يحجز عندهم جميعاً أما عند أبي يوسف لان الوكيل بالسلم لا يملك المشاركة ولو تاركا لم يحجز فكذلك اذا تارك أحدهما وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوكيلين لو عقدوا أنفسهم ثم تارك أحدهما لم يحجز بغير رضى الآخر فاذا كان وكيلين أولى قال (واذا عقد الوكيل السلم ثم اقتضى الأمر الطعام فهو جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز) لان القبض من حكم العقد والموكل منه كسائر الاجانب ألا ترى أن الايفاء لم يجب على المسلم اليه بطلبه فكذلك لا يبرأ بالتسليم اليه وجهه الاستحسان أن يقبض الوكيل بتعين ملك الموكل فكان الموكل في هذا القبض عاملاً لنفسه في تعيين ملكه فهو يكفي

الوكيل مؤونة القبض والتسليم اليه ولا يلحق به ضرر في تصرفه أنا لو نقضنا قبضه احتجنا الى اعادته بعينه في الحال لانه يردده علي المسلم اليه فيقبضه الوكيل منه ثم يسلمه الى الموكل وهذا اشتغال بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد ولا ينقص شيئا ليعيد وان تارك السلم اليه مع الموكل جاز لانه قائم مقام العاقد في ملك المعقود عليه فتصح منه المتاركة كما تصح من وارث رب السلم بعد الموت وان لم يتاركة فأراد قبض الطعام منه فلمسلم اليه أن يمتنع من دفعه اليه لان المطالبة بالتسليم تتوجه بالعقد والموكل من العقد أجنبي فطالبته لا تلزم المسلم اليه الدفع اليه . قال (واذا دفع الى رجل عشرة دراهم ليسلمها في طعام فناول الوكيل رجلا فبايعه فان أضاف العقد الى دراهم الأمر كان العقد للأمر وان أضافه الى دراهم نفسه كان عاقداً لنفسه) لان الظاهر يدل على ذلك ولان فعله محمول على ما يحمل وفيما يعقد لنفسه لا يحمل له اضافة العقد الى دراهم غيره وان عقد السلم بعشرة مطلقة ثم نواها للأمر فالعقد له وان لم تحضره نية فان دفع دراهم نفسه فالعقد له وان دفع دراهم الأمر فهو للأمر في قول أبي يوسف وقال محمد هو عاقد لنفسه ما لم ينو عند العقد أنه للأمر وان تكاذبا في النية فقال الأمر نويته لي وقال المأمور نويته لنفسه فالتطام للذي نقد دراهمه بالاتفاق فمحمد يقول الاصل ان كل أحد يعمل لنفسه الا أن يقترن بعمله دليل يدل على انه يعمل لغيره وذلك باضافة العقد الى دراهم الغير أو النية للغير فاذا انعدم ذلك كان عاملا لنفسه ولا يمكن أن يجعل نقد الدراهم دليلا على ذلك لان نقد الدراهم لا يقترن بالعقد بل يكون بعده وبعد ما أوقع العقد له لا يتحول الى غيره وان نقد دراهم الغير وبه فارق التكاذب لان النقد موجود عند التكاذب فيمكن أن يجعل دليلا من حيث شهادة الظاهر لاحدهما لان الظاهر أنه فيما عقد لنفسه لا ينقد دراهم الغير فاذا كان المنقود دراهم الأمر فالظاهر يشهد له فكان القول قوله يوضحه أن بقبول الوكالة من الغير لا يحيل ولايته علي نفسه وقبل قبول الوكالة كان مطلق عقده لنفسه فكذلك بعد قبول الوكالة لان تلك الولاية باقية بعد قبول الوكالة كما كانت قبله ولان موجب العقد وقوع الملك له في الطعام للعاقد الا أنه اذا نوى للموكل فالموكل يخلفه في ذلك الملك والمصير الى الخلف عند فوات ما هو الاصل وعند اطلاق العقد ما هو الاصل ممكن الاعتبار فلا يضاف الى الخلف وأبو يوسف يقول العقد والنقد كشيء واحد حكما لان النقد وان كان بعد العقد صورة فهو كالمقترن بالعقد اذ لو لم

يجعل كذلك كان ديناً بدين وذلك لا يجوز والدليل عليه أن بعد ما نقد الدراهم لو أراد أن
 يستردها ليعطى غيرها لم يملك كما لو اقترن التعيين بالنقد بأن أضاف العقد الى دراهم الأمر
 ثم أراد أن يدفع غيرها ويجعل العقد لنفسه لم يملك ذلك فاذا صار كشيء واحد فهو دليل ظاهر
 على من وقع العقد له فيجب تحكيمه كما في حالة التكاذب يوضحه أنه بعد قبول الوكالة يعقد
 للموكل بولايته الأصلية كما يعقد لنفسه ولهذا تعلق به حقوق العقد في الوجهين فاذا استوى
 الجانبان يصار الى ترجيح أحدهما بالنقد كما يصار اليه عند التكاذب وفرق أبو يوسف بين
 هذا وبين المأمور بالحج عن الغير اذا أطلق النية عند الاحرام فإنه يكون عاقداً لنفسه فان
 الحج عبادة والعبادات لا تتأدى الا بالنية فكان مأموراً بأن ينوي عن المحجوج عنه ولم يفعل
 فصار مخالفاً بترك ما هو الركن وأما في المعاملات فالنية ليست بركن فلا يصير بترك النية
 عن الأمر مخالفاً فيبقى حكم عقده موقوفاً على النقد قال (وان وكله بثوب يبيعه بدراهم
 فأسلمه في طعام الى أجل فهو عاقد لنفسه) لانه خالف ما أمره به نصاً وان أمره يبيعه ولم يسم
 له الثمن فأسلمه في طعام جاز على الأمر في قول أبي حنيفة ولم يحز في قولهما وهذه فصول
 (أحدها) أن الوكيل في البيع مطلقاً يبيع بالنقد والنسيئة عندنا وقال الشافعي لا يبيع الا
 بالنقد لان مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق ايجاب البيع ومطلق ايجاب البيع ينصرف
 الى الثمن الحال دون النسيئة فكذلك مطلق التوكيل وهذا لان الاجل شرط زائد على ما يتم
 به العقد فلا يثبت الاذن فيه الا بالتنصيص ولكننا نقول أمره ببيع مطلق فلا يجوز اثبات
 التقيد فيه من غير دليل والتقيد بالثمن الحال بعدم صفة الاطلاق ولا دلالة عليه في كلامه
 نصاً ولا عرفاً فالبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد وربما يكون البيع بالنسيئة أقرب
 الى تحصيل مقصودهما وهو الربح والدليل عليه ان المضارب والاب والوصى يملكون البيع
 بالنسيئة وأما مطلق ايجاب البيع فانما يحمله على النقد لتعذر اعتبار الاطلاق فان البيع يستدعي
 صفة معينة في الثمن ألا ترى انه لو قال بعته منك بالنقد والنسيئة لا يجوز وفي التوكيل
 لا يوجد مثل هذا فالتوكيل صحيح بدون تعيين أحد الوصفين حتى لو قال بعته بالنقد أو بالنسيئة
 يجوز ثم قيل على قول أبي حنيفة يجوز بيعه بثمن مؤجل طالبت المدة أو قصرت وعند أبي يوسف
 ومحمد رهما الله يجوز بأجل متعارف ولو أجله مدة غير متعارفة في مثل تلك السلعة لا يجوز
 بمنزلة البيع بالغبن الفاحش عندهما وعند أبي يوسف قال (ان أمره بالبيع على وجه التجارة فله

أن يبيعه بالنسيئة أما إذا أمره بالبيع لحاجته إلى النقطة أو إلى قضاء دينه فليس له أن يبيعه بالنسيئة ولو باعه بغير جاز عند أبي حنيفة سواء كان الغبن يسيراً أو فاحشاً وعندهما لا يجوز بيعه بغير فاحش لأن دليل العرف يفيد مطلق التوكيل حتى يتقيد التوكيل بشراء الاضحية بأيام النحر والتوكيل بشراء الفحم زمان الشتاء والحمد بزمان الصيف فإنه إذا وكله أن يشتري له حمداً في الشتاء يكون مشترياً لنفسه وإن كان التوكيل مطلقاً فصح ما ذكرنا والبيع بغير فاحش ليس بمتعارف فالظاهر أننا يستعين بغيره فيما يعجز عن مباشرته بنفسه وهو لا يعجز عن بيع ما يساوي مائة درهم بعشرة دراهم وقاساً بالتوكيل بالشراء فإن شراءه بالغبن الفاحش لا ينفذ على الأمر كذلك الوكيل بالبيع لأن كل واحد منهما أمر بما هو من صنيع التجار وكذلك الأب والوصي لا يملكان بيع مال اليتيم بغير فاحش لهذا المعنى ولأن المحاباة الفاحشة كالهبة حتى إذا حصلت من المريض تعتبر من الثلث والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وأبو حنيفة يقول أمره بمطلق البيع وقد أتى به لأن البيع مبادلة مال بمال شرطاً وقد وجد ذلك فما من جزء من المبيع إلا ويقابله جزء من الثمن ألا ترى أن المبيع لو كان داراً يجب للشفيع الشفعة في جميعه وبه يتبين أنه يبيع وليس بهبة وبأن اعتبر من الثلث في حق المريض هذا لا يدل على أنه ليس يبيع مطلق وإن الوكيل لا يملكه كالبيع بغير يسير والدليل عليه أن من حلف لا يبيع فباع بغير فاحش يحنث ولا يحنث إلا بكمال الشرط فعرفنا أنه يبيع مطلق فيصير الوكيل به ممثلاً للأمر فإنا لو قيدنا بالبيع بمثل القيمة أبطلنا حكم الإطلاق من كلامه وذلك لا يجوز من غير دليل فأما العرف الذي قال قلنا هذا مشترك فالإنسان قد يبيع الشيء تبرياً منه ولا يبالي عند ذلك بقله الثمن وكثرته وقد يبيعه لطلب الربح فعند ذلك لا يبيعه بالغبن عادة وبالمشترك لا يبطل حكم الإطلاق ثم البيع بالغبن متعارف فالمقصود من البيع الربح وذلك لا يحصل إلا وأن يصير أحدهما مغبوناً والإنسان يرغب في شراء ما يساوي عشرة بدرهم ولكن لا يجد ذلك فأما أن لا يكون متعارفاً فلا ثم العرف لا يعارض النص والإطلاق ثابت بالنص فلا يبطل بالعرف كما في اليمين فإن العرف كما يعتبر في الوكالة يعتبر في اليمين وما ذكر من مسألة الاضحية وغيرها فهي مروية عن أبي يوسف فأما عند أبي حنيفة يعتبر الإطلاق في جميع ذلك ودليل التقييد التهمة في الموضع الذي ثبت التقييد فيه ولهذا قال أبو حنيفة الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه وابنه للتهمة ولا تهمة

في بيعه من الاجنبي بقليل القيمة لان ما يستوفى من الثمن يسلمه الى الامر قل أو أكثر
 وبه فارق الوكيل بالشراء فهناك التهمة متمكنة فربما اشتراه لنفسه فلما علم بالغبن أراد أن
 يلزمه الأمر ولان الوكيل بالشراء كما يستوجب الثمن في ذمة نفسه يوجب لنفسه مثله في
 ذمة الأمر والانسان متهم في حق نفسه فلا يملك أن يلزم ذمة الأمر الثمن ما لم يدخل
 في ملكه بازائه ما يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت الثمن وهلك في يدي فهات
 الثمن فانه لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه لو قال بعته وقبضت الثمن وهلك عندي كان
 القول قوله ولان أمره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك
 الغير فلا يعتبر اطلاق أمره فيه بخلاف البيع فان أمره يلاقى ملك نفسه وله في ملك نفسه
 ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق في الوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر
 ذلك اشترى ذلك المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لم يقصد
 ذلك فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير وفي جانب البيع اعتبار
 العموم والاطلاق ممكن لانه لا يتسلط به علي شيء من ماله سوى المبيع الذي رضى بزوال
 ملكه وهذا بخلاف الاب والوصي لان ولايتهما مقيدة بالنظر والاصلاح ولا يوجد في
 البيع بالغبن الفاحش وعلى هذا الخلاف لو باعه الوكيل بعرض يجوز عند أبي حنيفة لاطلاق
 الأمر ولا يجوز عندهما لان البيع بعرض شراء من وجه فكل واحد منهما في بدل صاحبه
 مشتري وانما أمره بالبيع فلا يملك به ما هو متردد بين البيع والشراء وأبو حنيفة يقول فعله
 فيما يتناول الأمر بيع من كل وجه لانه يزيله عن ملكه بعرض هو مال والبيع ليس الا هذا ثم
 جانب البيع يترجح علي جانب الشراء في البيع ألا ترى أن أحد المضاربين اذا اشترى بغير
 اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة يتوقف على
 اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف أيضا فان أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا
 أن جانب البيع يترجح فيه وعلى هذا لو باعه الوكيل بمكيل أو موزون فعند أبي حنيفة يجوز
 على الأمر وعندهما لا يجوز الا أن يبيعه بالنقد اذا عرفنا هذا فنقول اذا أسلم الثوب في طعام
 الى أجل فقد أزال الثوب عن ملكه بالطعام وذلك جائز علي الأمر عند أبي حنيفة وعندهما
 لا يجوز لانه لم يبيعه بالنقد والتوكيل انصرف اليه خاصة قال (واذا وكله بالسلم فادخل الوكيل
 في العقد شرطا أفسده لم يضمنه الوكيل لانه لم يخالف وانما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالافساد)

وهذا لانا لو ضمناه بافساد العقد تحرز الناس عن قبول الوكالات فكل أحد لا يكون كآبي
 حنيفة في العلم باحكام والاسباب المقيدة للعقد. قال (وأكره توكيل الذمي يعقده السلم وان فعله يجوز
 لان الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد إما لجهله بذلك أو لاعتقاده أو قصده
 أن يوكل المسلم الحرام فهذا يكره له أن يأتمنه على ذلك ويجوز له ان فعله) لان عقد السلم من
 المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين. قال (وليس للوكيل بالسلم أن يوكل غيره به) لان
 هذا عقد يحتاج فيه الى الرأي والتدبير والموكل رضي برأيه دون رأى غيره بخلاف المضارب
 يوكل بالسلم فيجوز لان رب المال قد رضي برأيه وتوكيله حين فوض اليه الاسترباح عاما وذلك
 بتجارة حاضرة وغائبة واذا اشتغل باحدهما بنفسه فلا يجد بدا من أن يستعين فيه بالآخر
 بخلاف الوكيل الا أن يكون الامر قال له ما صنعت فيه من شيء فهو جائز فيجوز حينئذ لانه
 أجاز صنيعه عاما والتوكيل من صنعه فيدخل في عموم اجازته ولا يجوز للمسلم عقد بيع ولا
 يسلم لنفسه على الخمر ولا للكافر لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم وهو العاقد عليها
 سواء عقده على ذلك لنفسه أو لكافر بخلاف المسلم يتوكل عن المجوسى في أن يزوجه
 مجوسية فيجوز ذلك لان الوكيل في النكاح معبر لا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل
 فيعتبر جانب الموكل وفي البيع والسلم هو عاقد لنفسه ليستغنى عن الاضافة في العقد الى غيره
 فيعتبر جانبه. قال (وان وكل المسلم الذمي بأن يشتري له خمرأ أو يسلم له فيها ففعل ذلك مع
 ذمي جاز على الامر في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى هو
 مشتري لنفسه) لان المسلم لا يملك هذا العقد لنفسه بنفسه فلا يصح توكيل غيره به كما لو
 وكل المسلم مجوسيا بأن يزوجه مجوسية وهذا لانه لو نفذ عقده على الامر ملك المسلم الخمر
 بالعقد ولا يجوز أن يملك المسلم الخمر بعقد التجارة وهذا منهنما نوع استحسان فكأنهما يقولان
 في البيع والشراء طرفان طرف العقد وطرف الملك فكما ان الكافر اذا وكل به المسلم لا
 يجوز لاعتبار طرف العقد فكذلك المسلم اذا وكل الكافر به لا يجوز لاعتبار طرف الملك
 بل أولى لان العقد سبب الملك والثابت به الملك في المحل وهو المقصود فاذا وجبت مراعاة
 جانب العقد فلا ن تجب مراعاة جانب الملك أولى وأبو حنيفة يقول الذي ولى الصفة هو
 الوكيل والخمر مال متقوم في حقه يملك أن يشتريها لنفسه فيملك أن يشتريها لغيره وهذا
 لان المتنع هنا بسبب الاسلام هو العقد على الخمر لا الملك فالمسلم من أهل أن يملك الخمر ألا ترى

أنه إذا تخمر عصير المسلم بقي مملوكا له وإذا مات قريبه عن خمر يملكها بالارث وهنا ان اعتبرنا جانب العقد فالعقد من أهله وهو في حقوق العقد كالعقد لنفسه وان اعتبرنا جانب الملك فللمسلم من أهل ملك الخمر فيصح التوكيل ألا ترى أن في جانب العقد افساد التوكيل اذا كان الوكيل مسلما يعتبر جانب العقد دون الملك فكذلك في جانب تصحيح الوكالة وبه فارق النكاح فالوكيل في باب النكاح سفير ومعبّر فكان العاقد هو الموكل وقوله بأن الموكل يملك الخمر بالعقد فليس كذلك بل العقد يوجب الملك للعاقد ثم الموكل يخلفه في ذلك على ماقررنا والمسلم من أهل ان يملك الخمر بهذا الطريق كما اذا أذن لعبده الكافر في التجارة فاشترى العبد خمرًا فان المولى يملكها على سبيل الخلافة عنه وكذلك المكاتب اذا كان كافرا واشترى خمرًا ثم عجز فلولاه المسلم يملكها بطريق الخلافة عنه وفرقهما أن العبد والمكاتب يتصرفان لأنفسهما ولهذا لا يرجعان على المولى بعهدة تصرفهما فلهذا اعتبرنا حالهما فأما الوكيل فيتصرف للموكل حتى يرجع عليه بما يلحقه من العهدة ويكون الموكل في قرار العهدة عليه كأنه باشر التصرف بنفسه فكذلك في عقد الوكيل له على الخمر فاذا تعذر تنفيذ العقد على الأمر نفذ العقد على الوكيل . قال (واذا وكل الرجل الرجل بدراهم يسلمها له في طعام فصرفها الوكيل بدراهم غيرها فقد خالف في العقد فكان مباشرا العقد لنفسه ضامنا لما صرفه من دراهم الأمر بعد ذلك) وكذلك لو كان المدفوع دينارا فصرفه بدراهم ثم أسلمها في طعام فهو للوكيل لانه خالف في العقد والبذل ثم أسلم بدراهم نفسه في الطعام فكان الطعام له وهو ضامن للدنانير . قال (واذا وكله رجلان أن يسلم لهما في طعام واحد ولكن من غير خلط جاز لانه حصل مقصود كل واحد منهما بكماله) فلا فرق بين أن يفعل ذلك في عقدة أو عقدتين واذا خلط الدراهم ثم أسلمها في الطعام كان مخالفا ضامنا لان دراهم كل واحد منهما في يده أمانة فيصير بالخلط ضامنا متملكا كما هو أصل أبي حنيفة ثم أضاف عقد السلم الى دراهم نفسه فكان الطعام له بخلاف الاول فلم يوجد هناك خلط موجب للضمان وانما حصل الاختلاط في السلم فيه حكما لاتحاد العقد حكما وبمثله لا يصير الأمين ضامنا وان أسلم دراهم كل واحد منهما عن حصة الى رجل واحد ثم اقتضى شيئا فادعى كل واحد منهما أى الأمرين أنه من حقه فالقول قول المسلم اليه لانه هو الملك لما يوفي من الطعام فرجع في بيان ما يملك اليه فان كان هو غائبا فالقول قول الوكيل لانه أحد المتعاقدين ولان

كل واحد منهما انما يملك بمقد باشره الوكيل فعند الاشتباه يرجع في البيان اليه فاذا قدم المسلم اليه وكذب الوكيل فالقول قول المسلم اليه لانه هو الاصل في هذا البيان وسقط اعتبار الخلف عند ظهور الاصل وان أسلم الوكيل الى نفسه فهو باطل لان الواحد في عقد التجارة لا يصلح أن يكون مباشراً للعقد من الجانبين لما فيه من تضاد الاحكام فانه يكون مملوكاً مملوكاً مسلماً متسلاً مخصوصاً متخاصماً وذلك لا يجوز ولانه متهم في حق نفسه وقد بينا أن التهمة تخص الامر المطلق * وكذلك * لو أسلم الي شريك له مفاوض لانهما بمقد المفاوضة صار كشخص واحد في عقود التجارة فكل واحد منهما مطالب بما يجب علي صاحبه فهو وما لو أسلم الي نفسه سواء * وكذلك * ان أسلم الي عبده لان كسب العبد لمولاه فهو متهم في ذلك * وكذلك * ان مكاتبه لان له حق الملك في كسب المكاتب ويتقلب ذلك صحيحاً حقيقة ملك يعجزه فان أسلم الي شريك له عنان جاز اذا لم يكن من تجارتهما لان كل واحد منهما من صاحبه كسائر الاجانب فيما ليس من تجارتهما حتى تجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه فيما ليس من تجارتهما فان أسلمها الي ابنه أو الي أحد أبويه أو زوجته ممن لا تقبل شهادته له لم يجز عند أبي حنيفة وهو جائز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه ليس لواحد منهما في مال صاحبه ملك ولا حق ملك فكان بمنزلة مالو أسلم الي أخيه فانه يجوز وهذا بخلاف الشهادة لان ذلك خبر ممثل بين الصدق والكذب فلا يرجح جانب الصدق فيها مع تمكن تهمة الميل وأبو حنيفة يقول مطلق الوكالة تنقيد بالتهمة وكل واحد منهما متهم في حق صاحبه بدليل أنه لا تقبل شهادته له فكان اسلامه اليه كاسلامه الي عبده ومكاتبه وهذا لان تصرف الوكيل انما يكون في حق الغير والظاهر من حال المرء إثار ولده وزوجته علي الاجنبي وسوي هذا في المسئلة كلام وخلاف في معاملة الوكيل مع هؤلاء بمثل القيمة أو بالغبن اليسير وقد أملينا تمام ذلك في كتاب الوكالة واذا وكل الوكيل بالمسلم رجلاً بقبض المسلم فيه ممن عليه فقبضه برئ المسلم اليه منه لان الوكيل في حق القبض كالعاقد لنفسه حتى يختص بالمطالبة به ولو كان عاقداً لنفسه كان قبض وكيله في براءة المسلم كقبضه بنفسه فان كان الوكيل الثاني عبداً للوكيل الاول أو ابنه في عياله أو أجير له فهو جائز علي الأمر حتى لو هلك في يده هلك من مال الأمر والمراد الاجير الخاص الذي استأجره مشاهرة أو مساهمة لان يد هؤلاء في الحفظ كيده ألا ترى أنه لو قبض بنفسه ثم سلم الي

واحد من هؤلاء ثم هلك لا يجب الضمان على واحد وان كان الوكيل الثاني أجنبيا فالوكيل الاول ضامن للطعام إن ضاع في يد وكيله لان قبض وكيله كقبضه بنفسه ولو قبضه بنفسه ثم دفعه الى أجنبي كان ضامنا كذلك هنا وان لم يذ كر ان الوكيل الثاني هل يكون ضامنا في حق رب المسلم فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يكون ضامنا بمنزلة مودع المودع وقد بينا اختلاف فيه وفي الوديعة وان وصل الى الوكيل الاول برىء هو ووكيله عن ضمانه كما لو قبض الوكيل الاول بنفسه اذ لا فرق بين أن يصل الى يده من يد المسلم اليه أو من يد وكيله فلهذا لا ضمان فيه على أحد فاذا أسلم الوكيل الدراهم الى امرأة جاز * وكذلك لو كان الموكل أو الوكيل امرأة يجوز لان هذا من باب المعاملات فيستوى فيه الرجال والنساء والله تعالى أعلم

﴿ تم الجزء الثاني عشر من كتاب المبسوط ويليه الجزء الثالث عشر ﴾

﴿ وأوله باب البيوع الفاسدة ﴾

﴿ فهرست الجزء الثاني عشر من كتاب المبسوط ﴾

٢	كتاب الذبائح
٨	باب الاضحية
١٩	باب من الصيد
٢١	باب الصيد في الحرم
٢٧	كتاب الوقف
٤٧	كتاب الهبة
٦٤	باب ما يجوز من الهبة وما لا يجوز
٧٥	باب العوض في الهبة
٨٩	باب الرقي
٩٠	باب الشهادة في الهبة
٩٢	باب الصدقة
٩٤	باب العطية
١٠٢	باب هبة المريض
١٠٨	كتاب البيوع
٢٠٨	باب الوكالة في السلم

﴿ تمت فهرست الجزء الثاني عشر من كتاب المبسوط ﴾